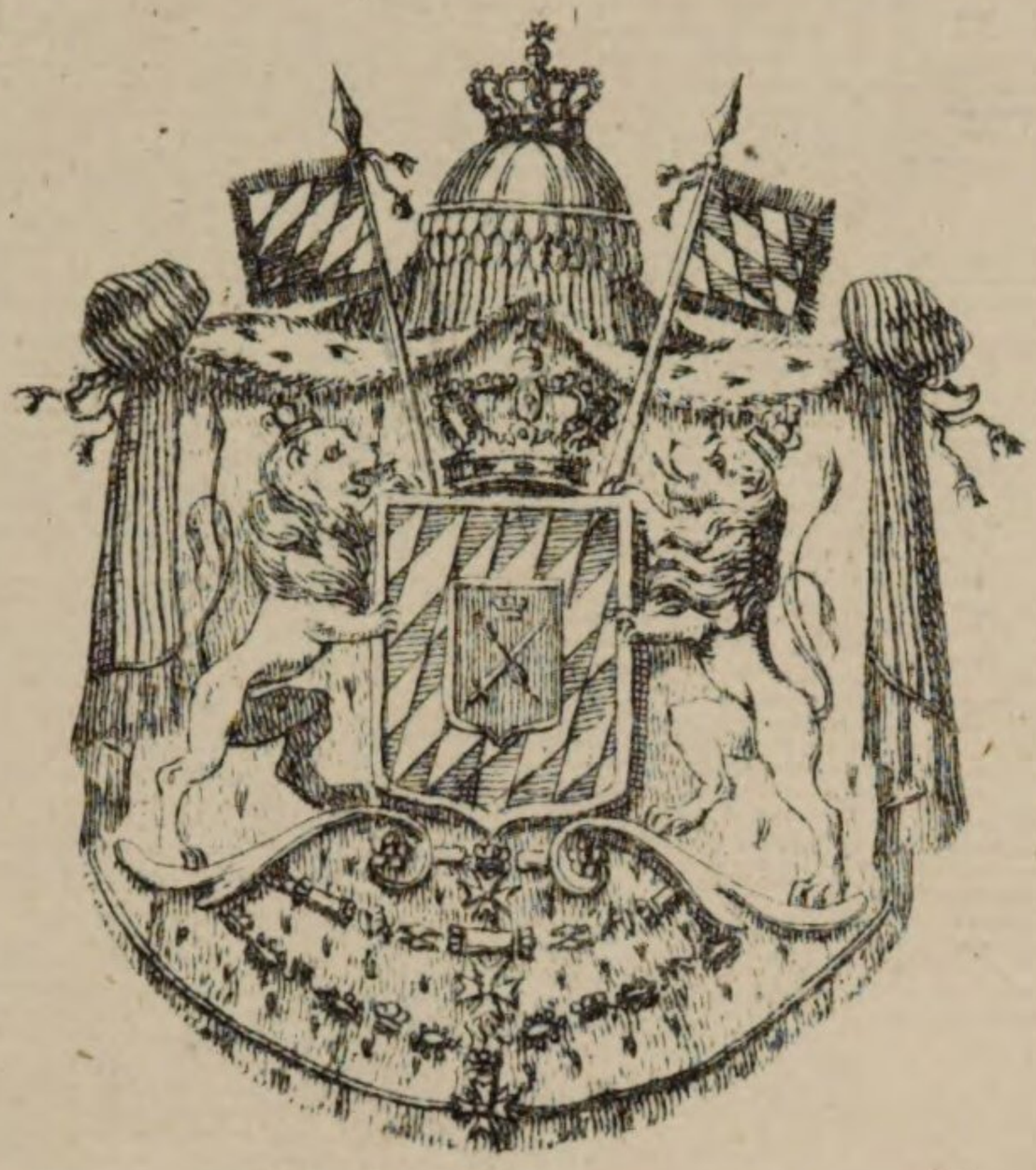
9. 4m. C.
134
a - 9, 2



BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

<36639399170015

<36639399170015

Bayer. Staatsbibliothek

Ergänzungen

zu

Dr. Christ. Fried. v. Glück's

ausführlicher

Erläuterung der Pandecten

von

Dr. C. F. v. Reinhardt,

K. Würtemb. Ober-Tribunalrathe und Ritter des Ordens der Würtemb. Krone.

Zweiten Bandes zweite Abtheilung.

Stuttgart,

bey Joh. Friedr. Steinkopf.

1835.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Zweyten Bandes zweyte Abtheilung.

Tit. 3.

De hereditatis petitione.

§. 562. S. 491—498.

Von neuerer Literatur habe ich zu bemerken:

Petzold, Observ. ad Leg. V. Cod. de petitione hereditatis specimen. Lips. 1804.

Sodann beschäftigen sich mit der Frage: Ob die hereditatis petitio eine actio in rem, oder in personam, oder mixta sey?

Mühlenbruch, Observat. I. R. Spec. I. Regiom. 1808. cap. I. §. 3. p. 4—6.

v. Löhr, „Actio mixta" (in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzg. IV. Band. N. M. II. Bd. S. 17—26.)

du Roi, „Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam jus in re und obligatio etc." §. 12. (im Archiv für die civilistische Praxis, VI. Band. Heidelb. 1823. S. 300—306.)

Roßhirt, „Lehre von der Ersitzung und besonders über die usucapio pro herede" §. 8. (im o. a. Archiv. IX. Band. Heidelb. 1826. S. 30—34.)

Ueber das Verhältniß des Beklagten bey der Erbschafts-Klage:

Thibaut (im o. a. Archiv. VII. Band. Heidelb. 1824. S. 224—234.)

Ueber den Gerichtsstand bey der Erbschaftsklage:

Bayer, „Ueber das forum rei sitae bey petitorischen Erbschaftsklagen (im o. a. Archiv. VI. Band. Heidelb. 1823. S. 180—188.)

Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, die pro herede usucapio und das Interdictum, quorum bonorum" (im Rheinischen Museum IV. Band. Götting. 1833. S. 165—211.)

Buchholz, worin unterscheidet sich die hereditatis petitio und die vindicatio (in dessen juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Römischen Rechts. Königsberg 1833. S. 1—26.)

Dieß vorausgesetzt entsteht vorerst die Frage: Was ist denn eigentlich die hereditatis petitio? und in dieser Beziehung hätte ich zunächst diejenige Erklärung, welche der Verfasser S. 492 aufstellt, einer genaueren Prüfung zu unterwerfen. Was nun eigentlich die hereditatis petitio sey? läßt sich nur dadurch anschaulich machen, wenn wir uns auf den Standpunkt versetzen, als ob die hereditatis petitio gar nicht vorhanden wäre. — Setzen wir den Fall, der rechtmäßige Erbe sieht die ihm entzogene Erbschaft in den Händen eines Andern, welcher sich derselben aus irgend einem Grunde bemächtigt hat, was müßte er wohl dann, um zur Erbschaft zu gelangen, für eine Klage anstellen? Hierauf wird man mir sogleich erwiedern: die rei vindicatio. Allein darauf replicire ich: Gut, damit wird er wohl die einzelnen körperlichen Sachen sich sichern können, insofern sie noch bey dem Besitzer der Erbschaft vorhanden sind. Wie aber dann, wenn er solche bereits veräußert hat, und wenn sie etwa derjenige, welcher sie erworben — der dritte Besitzer — bereits usucapirt hat, wie ist es mit den Capitalien der Erbschaft, namentlich wenn solche der Besitzer bereits eingezogen, wie mit solchen Sachen, welche dem Erblasser verpfändet, geliehen, oder nur bey ihm hinterlegt sind, zu halten? Mit der rei vindicatio würde der Erbe nicht weit kommen, und wollte er seinen Zweck durch Eine Klage erreichen, so mußte nothwendig eine die ganze Erbschaft, d. h. eine das ganze Bereich des Rechts, welches der Erblasser ihm übertragen hatte, oder welches von dem Erblasser auf ihn übergegangen war, umfassende Klage geschaffen werden, und diese Klage ist keine andere als die hereditatis petitio. Die Erklärung des Verfassers lasse ich nun hier vorläufig beruhen, und werde erst dann, wenn wir den ganzen Umfang derselben ermessen haben, hierauf zurückkommen. Namentlich aber kann ich es nicht billigen, wenn der Verfasser schon in dieser Erklärung die hereditatis petitio eine dingliche Klage nennt, während er selbst §. 564. S. 512—515 hierüber noch sehr im Zweifel ist. Doch über all' dieß nachher. Daß nun zu

§. 563. S. 498—512.

in Beziehung auf die hereditatis petitio dem Erben der Käufer einer Erbschaft gleichgestellt sey, weil Letzterer, wie sich Ulpian

Fr. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend. (18, 4.)

ausdrückt, „vicem heredis obtinet“ ist ganz richtig, und es wird hievon weiter unten noch die Rede seyn. Zwar spricht Julian

Fr. 54. pr. D. h. t.

„Ei qui partes hereditarias, vel totam à fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur: quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.“ — nur von demjenigen Käufer, welcher vom Fiscus eine Erbschaft erkauft hat. Allein schon das Scholion der Basilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr 54. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 642.)

macht hiezu die richtige Bemerkung: „τὸ αὐτό ἐστι, καὶ εἰ μὴ ὁ Φίσκος, ἀλλ' ἰδιώτης ἐπώλησεν.“ — „Idem est, si non fiscus, sed privatus hereditatem vendidit.“ — Daß aber auch dem heres fideicommissarius die hereditatis petitio zustehe, darüber ist der sechste Titel unseres Buchs zu vergleichen. Was aber die vom Verfasser S. 499, Anmerk. 98. angeführte Stelle aus Paulus Sent. Rec., welche sich auch in der

Consult. vet. cujusd. JCti cap. 6. (in *Schulting.* Jurisprud. Antejustin. Lips. 1737. p. 819.)

wörtlich findet, betrifft, so möchte ich ihr die beschränkte Deutung, welche Cujace ihr gegeben, nicht geben, vielmehr glaube ich, daß es früher durchgreifender Grundsatz bey der hereditatis petitio war, daß der Erbe des Erben, wenn nicht der Streit zu Lebzeiten des Erben als seines unmittelbaren Erblassers schon bis zur Litis-Contestation gediehen war, die hereditatis petitio überall nicht anstellen konnte. Daraus aber, daß die Redactoren der Digesten diesen Satz des Vorjustinianeischen Rechts in die Justinianeischen Gesetzbücher nicht aufgenommen haben, ist mit aller Zuverlässigkeit der Schluß zu ziehen, daß die Justinianeische Gesetzgebung denselben verlassen hat. Die theilweise fremdartigen Materien, auf welche sich unser §. eingelassen hat, übergehe ich. Nur muß ich hier bemerken, daß wenn Ulpian in dem

Fr. 5. §. 2. D. h. t.

sich so ausdrückt: „Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat“ — damit nicht wohl etwas Anderes gemeint ist, als daß der Beklagte dem Kläger die exceptio: „ne hereditati praejudicium fiat“, entgegensetzen und dadurch den Kläger nöthigen kann, vor allen Dingen seine Eigenschaft als Erbe in einem besondern (Präjudicial-)Verfahren nachzuweisen, wie ich schon im I. Band S. 482 ff. gezeigt habe. Den Satz des Verfassers S. 509, daß, wenn dem Testament die Einrede der Ungültigkeit entgegengesetzt werde, diese vorerst erörtert werden müsse, ehe die Erbschaft dem Kläger verabfolgt werden könne, und daß der Beklagte in diesem Falle Sicherheit zu leisten habe, kann ich im Allgemeinen nicht richtig finden. Schon die Stelle Ulpians

Fr. 5. §. 1. D. h. t.

welche in der Anmerkung 33 abgedruckt ist, spricht nicht dafür, wenn man aber hiemit noch das Scholion der Basilicen zu dieser Stelle

L. LXII. tit. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 575. u. 576.)

vergleicht:

„Ἡ νεριδιτάτις πετιτίων πάντα μὲν προκριματίζει τὰ δικαστήρια, προκριματίζεται δὲ ὑπ' οὐδενὸς πλὴν τῶν πουβλίκων. πούβλικον δέ ἐστι καὶ τὸ πλαστόν. ταῦτα εἰδὼς ἐλθὲ ἐπὶ τὸ προκείμενον. τελευτῶν τις Πρίμον ἐνεστήσατο κληρονόμον. ταύτην δὲ τὴν κληρονομίαν Αἰλιός τις κατέσχεν ἐξ ἀδιαθέτου λέγων αὐτῷ διαΦέρειν. ἐντεῦθεν ὁ Πρίμος ἐπεΦύη τῷ Αἰλίῳ νεμομένῳ, καθὰ εἴρηται, τὴν κληρονομίαν, τήν τε τοῦ κατοιχομένου διαθήκην προΦέρων, καὶ τὴν νεριδιτάτις πετιτίονα κινῆσαι βουλόμενος. ὁ δὲ Αἴλιος οὐκ ἀνεχόμενός Φησιν ὑποδέξασθαι τὴν νε-

„Hereditatis petitio aliis quidem omnibus judiciis praejudicat: à nullo vero praejudicium patitur, exceptis judiciis publicis: publicum autem est falsi crimen. Quo cognito veniamus ad id, quo de agitur. Quidam decessit instituto Primo herede: hereditatem autem Aelius ab intestato possidebat, dicens eam ad se pertinere. Primus egit cum Aelio possessore, ut dictum est, hereditatis, prolato defuncti testamento, mox hereditatem petiturus. Aelius negabat posse eum heredi-

ρεδιτάτις πετιτίονα. πλαστὴ γάρ ἐστιν ἡ προφερομένη παρὰ σοῦ διαθήκη, καὶ ἑτοίμως ἔχω κινῆσαι κατὰ σοῦ πλαστόν. ἀλλ' ἐπειδὴ κινεῖσθαι μέλλοντος τοῦ πλαστοῦ, τὸ τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος ὑπερτίθεται δικαστήριον. εἶπον γάρ σοι, ὅτι ἡ νερεδιτάτις πετιτίων πάντως μὲν προπριματίζει τὰ δικαστήρια, προπριματίζεται δὲ ὑπ' οὐδενὸς, πλὴν τῶν πουβλίκων· ἵνα μὴ ἐν ὅσῳ γυμνάζεται τὸ πλαστὸν, εἰς ἀπορίαν ὡς εἰκὸς ἐλάσῃ ὁ τὴν κληρονομιάν νεμόμενος, ἀντέγραψεν Ἀδριανὸς ὁ θειότατος, ἵνα ὁ Αἴλιος ἱκανὰ δῷ περὶ τῆς κληρονομιάς, ἧς ἀπαιτεῖται, καὶ οὕτω κινήσῃ τὸ πλαστόν. τοῦτο δὲ, εἶπεν ὁ βασιλεὺς, ἐπειδὴ ἀναστᾶται καὶ ὑπερτίθεται τὸ τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος δικαστήριον, ἄχρις ἂν κινηθῇ τε καὶ γυμνασθῇ τὸ πλαστόν."

tatem petere, quod testamentum ab eo prolatum falsum esset, seque paratum esse falsum dicere. Sed quia cum falsum testamentum argui debet, differtur judicium petitionis hereditatis: nam, ut jam supra dictum est, petitio hereditatis omnibus judiciis praejudicium facit, à nullo vero patitur exceptis publicis judiciis: ne cum falsi judicium exercetur, hereditatis possessor forte collabatur facultatibus, Divus Adrianus rescripsit, ut Aelius daret satis de hereditate, quae ab eo petitur, et sic falsum dicat. Hoc ideo princeps rescripsit, quia suspenditur et differtur hereditatis petitionis judicium, donec falsi judicium moveatur et exerceatur."

— so wird man sich überzeugen, daß hier nur von dem Fall die Rede ist, wenn das Testament in einem Criminalverfahren als falsch oder verfälscht angefochten wird. In diesem Falle nehmlich, welcher aber eine Ausnahme von der Regel bildet, hatte das Civilverfahren zu beruhen, und der Beklagte Caution zu leisten. Zu

§. 564. S. 512—515.

muß ich meine Bemerkungen ersparen, bis wir erst diese Art von Klagen näher kennen. Nur darüber, daß die hereditatis petitio eine actio bonae fidei sey, habe ich zu bemerken, daß sich Justinian in der

Const. 12. §. 3. C. de her. pet. (3, 31.)

so ausdrückt: „Illo, ne inposterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei judiciis connumeretur." — Daß diese Frage früher

eine große Streitfrage gewesen sey, bemerken auch die Institutionen

L. IV. tit. 6. §. 28.

„quamvis enim usque adhuc incertum erat" — indem sie sich auf die obige Constitution beziehen, und der Paraphrast Theophilus

ad h. l. Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 817.

sagt sogar: „*μάλιστα ἐστασιάζετο*" — „maxime controvertebatur." — Nur darin kann ich aber mit dem Verfasser nicht übereinstimmen, wenn er Spuren des frühern Streits noch in unserem Titel finden will, denn in dem

Fr. 39. §. 1. D. h. t.

sind diese nun einmal nicht zu finden, auch nicht in dem

Fr. 38.

wo Andere welche finden wollten, wie schon v. Schrader

ad l. I. c. (Instit. L. IV. Berol. 1832. p. 658)

richtig bemerkt hat. In Scävola's

Fr. 38. D. h. t.

aber, in welchem der Verfasser eine solche Stelle finden wollte, ist sie gleichfalls nicht zu finden, vielmehr bürgen die Worte: „an filius etc. doli mali exceptione summoveri possit? Respondi: *et si non exciperetur, satis per officium judiciis consuli*" — gerade dafür, daß Scävola sie für eine actio bonae fidei hielt. Ob Gajus die hereditatis petitio in sein in dem I. Band S. 318 u. 319 abgedrucktes Verzeichniß der actionum bonae fidei aufgenommen hatte? kann bey den vielen Lücken desselben nicht ersehen werden. In der That wäre es auch, da die Constitution Justinian's schon vom Jahr 530 ist, sonderbar gewesen, wenn die Redactoren der im Jahr 533 erschienenen Digesten (I. Band S. 61) noch Spuren des früheren Streits in dieselben aufgenommen hätten.

§. 565. S. 515—534.

Eine andere und schwierigere Frage ist aber die: Gegen wen denn eigentlich die hereditatis petitio gerichtet werden könne? und hierauf erwiedert nun Ulpian

Fr. 9. D. h. t.

„Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam." — Die

hereditatis petitio ist also zunächst gegen denjenigen gerichtet, welcher die Erbschaft entweder ganz oder nur theilweise, sey es auch nur zum geringsten Antheil, wie in der gleich auf unser Fragment folgenden Stelle des Gajus

Fr. 10. pr. D. h. t.

„Licet minimam“ bemerkt ist, ja wenn er auch nur eine einzelne Sache besitzt, nach Paulus

Fr. 4. D. h. t.

„Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat: etiam id, quod postea coepit possidere, restituet.“ — Nur muß er, was er besitzt, entweder pro herede oder pro possessore besitzen. Am klarsten drückt sich hierüber der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 7. C. de pet. hered. (3, 31.)

„Hereditatis petitio adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest.“ — Von dieser Constitution wird nun weiter unten in anderer Beziehung die Rede seyn. Was aber „pro herede oder pro possessore besitzen“ heißen solle? davon Ulpian

Fr. 11. pr. D. h. t.

„Pro herede possidet, qui putat se heredem esse: Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur? Et Arrianus libro II. de interdictis putat teneri. Quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.“ — Diese Stelle, welche auf den ersten Anblick etwas dunkel und zweydeutig erscheint, und welche auch die Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 11. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 542.)

nicht richtig aufgefaßt haben, wenn sie statt der Stelle von „Sed ante is“ bis „scribit“ nur die Stelle haben: „καὶ ὁ γινώσκων μὴ εἶναι κληρονόμον“ — „et is qui scit, se heredem non esse“, müssen wir nun einer genaueren Prüfung unterwerfen. Ulpian sagt nehmlich hier: derjenige besitze pro herede, qui putat se heredem esse, also derjenige, welcher sich wirklich für den Erben hält. Ob der Irrthum ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum ist? darauf kann es nicht ankommen, nach Ulpian

Fr. 25. §. 6. D. h. t.

„Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. Et non puto, hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret“ — wie ſich auch die Baſilicen

L. XLII. tit. 1, Fr. 25. §. 4. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 554.)

ganz richtig ausdrücken:

„Εἴτε τὸ φάκτον εἴτε νόμον ἀγνοήσας τις ὑπέλαβεν ἑαυτῷ τὴν κληρονομίαν ἀνήκειν συγγινώσκεται.“

„Sive autem factum sive jus quis ignorans hereditatem ad se pertinere existimavit, ignoscitur ei.“

Hieher iſt nun auch gleich die Stelle des obigen Fr. 14. von „Sed enim“ bis „possidere“ zu beziehen, welche keinen andern Sinn als den hat, daß auch derjenige, welcher ſich für einen bonorum possessor, d. h. zwar für keinen civilrechtlichen, wohl aber für einen prätoriſchen Erben halte, pro herede beſitze. Ob aber mit den vermeintlichen Erben der Kreis derjenigen, welche mit der hereditatis petitio belangt werden können, abgeſchloſſen ſey? dieß war eine ſtreitige Frage; und in Beziehung auf dieſe führt Ulpian zunächſt die Meinung Arrians an. Die Streitfrage war nehmlich die: Ob man auch von demjenigen, welcher wohl wiſſe, daß er weder civilrechtlicher noch prätoriſcher Erbe ſey, ſagen könne, daß er pro herede beſitze und ſomit mittelſt der hereditatis petitio belangt werden könne? Arrians Anſicht, „putat teneri“ gieng nun bloß dahin, daß ein ſolcher mittelſt der hereditatis petitio belangt werden könne, keineswegs aber dahin, daß er pro herede beſitze, und nur der Meinung Arrians in Beziehung auf das teneri ſtimmte Proculus und nach Ulpians Bericht auch die Doctrin bey. So entſtand alſo neben denjenigen qui pro herede possident, noch eine zweite Kategorie ſolcher, welche mit der hereditatis petitio belangt werden konnten, nehmlich diejenigen, welche pro possessore beſitzen. Wer beſitzt nun aber pro possessore? Hierauf erwiedert Ulpian

Fr. 11. §. 1. D. h. t.

„Pro possessore autem possidet praedo.“

Fr. 12. D. h. t.

„Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendet se heredem vel per mendacium.“ — (Daß hier von den interrogationibus in jure die Rede ist, ist klar, in Beziehung auf diese aber muß ich auf die Bemerkungen zum 1sten Titel des 11ten Buchs verweisen, und erst dort kann ich auch der Imperatoren Arcadius und Honorius

Const. 11. C. de pet. hered. (3, 31.)

erläutern.)

Fr. 13. pr. u. §. 1. D. h. t.

„Nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur, et raptor petitione hereditatis tenentur. §. 1. Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret: et quasi injunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si à furioso emero sciens, pro possessore possideo. Idem in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat: ut puta uxor, vel maritus? et placet nobis Juliani sententia, pro possessore possidere eum: et ideo petitione hereditatis tenebitur. Idem pro dote titulus recipit pro possessore possessionem: utputa si à minore duodecim annis, nupta mihi, quasi dotem sciens accepi. Et, si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.“ — Zu dem §. 1. müssen wir nun folgendes Scholion des Calocyrus zu den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 13. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 587.

vergleichen.

„Ἔγνως ὅτι καὶ ἡ πρὸ ποσσέσσωρε νομὴ, τὴν νερεδιτάτις εἰσάγει πετιτίονα. μάθε τοίνυν ἐντελέστερον τὰ περὶ τούτου. πᾶσι ὁ γενικὸς τίτλος, ὁ πρὸ ποσσέσσωρε λέγω, τοῖς ἰδικοῖς τίτλοις παραπέπηγέ τι καὶ συνέζευκται, πεπηγέναι δὲ λέγω καὶ συνεζεῦχθαι διὰ τὸ ἀσθενοῦντος ἑτέρου τίτλου, διὰ τὸ ἐλάττωμα τοῦ συναλλάγματος, εἰσάγεσθαι τοῦτον τὸν τίτλον.“	„Didicisti possessionem etiam pro possessore inducere petitionem hereditatis. Disce nunc plenius, quae huc pertinent. Generalis titulus pro possessore; possessio, inquam, omnibus titulis specialibus haeret et injunctus est, quia cum alius titulus infirmus est propter vitium contractus, hic inducitur.“

— und nun führt er auch die Beyspiele unsers §. an. Dieser §. kann also keinen andern Sinn als den haben,

daß demjenigen, welcher ohne allen Titel besitze — dem praedo — auch derjenige beyzuzählen sey, welchem zwar ein vermeintlicher Titel zur Seite steht, dem es aber an dem guten Glauben fehlt. Zu den Beyspielen, welche Ulpian hier anführt, bitte ich auch meine Schrift:

die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 57. u. 58. S. 97—107.

zu vergleichen. Eines ganz besondern Falles, in welchem der possessor als praedo anzusehen ist, erwähnt Modestin

Fr. 46. D. h. t.

„Praedonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem.“ — Ueber den Ausdruck „tacitam fidem interponere“ aber findet sich eine befriedigende Erklärung in Gajus

Fr. 10. pr. D. de his, quae ut indignis (34, 9.)

„In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur: sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit“ — und von Callistratus

Fr. 3. pr. D. de jure fisci (49, 14.)

„Non intelligitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere. Sed cum quidam testamento suo ita scripsisset, Vos rogo, ut in eo, quod à vobis petii, fidem praestetis: perque Deum, ut faciatis, rogo, et quaereretur, an id palam datum intelligeretur? Julianus respondit, non quidem apparere, quid ab heredibus ex hujusmodi verbis petitum est: quaeri autem solere, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare? Et fere eo jam decursum, ut fraus legi fieri videatur, quotiens quis neque testamento, neque codicillis rogaretur: sed domestica cautione et chirographo obligaret, se ad praestandum ei, qui capere non potest: ideoque dici posse, ex supradictis verbis non esse legi fraudem factam.“ — Ein für unsere Zeiten freylich nicht mehr passendes Beyspiel findet sich in den Scholien der Basilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 46. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 637.)

„Οὐ δύναταί τις μανιχαίῳ διδόναι τι ἢ καταλιμπάνειν· τοῦτο εἰδὼς ἐλθὲ ἐπὶ τὸ „προ-	„Non potest quis Manichaeo quidquam donare, vel relinquere. Quo cognito ve-

κείμενον. βουλόμενός τις ἐάσαι τι κατὰ διαθήκην τῷ μὴ δυναμένῳ λαβεῖν τι μανιχαίῳ, καὶ τὸν νόμον εἰδὼς τὸν εἰσάγοντα τούτου τὴν κώλυσιν, τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν. ἐνστησάμενος δέ τινα κληρονόμον, τάκιτον Φιδεϊκόμισσον μανιχαίῳ τινὶ καταλέλοιπεν. ἠξίωσε γὰρ σιωπηρῶς τὸν κληρονόμον, πᾶσαν ἢ μέρος τῆς κληρονομίας ἀποκαταστῆσαι τῷ μὴ δυναμένῳ λαβεῖν. φησὶ τοίνυν ὁ Μοδεστῖνος τὸν τοιοῦτον πράεδονα εἶναι νομίζεσθαι, καὶ ὡς μάλα φίδε νομέα, λοιπὸν ἐνάγεσθαι παρ' ἐκείνων οἷς διαφέρει τὸ τάκιτον Φιδεϊκόμισσον, τὸ σιωπηρῶς καταλειφθὲν τῷ μὴ δυναμένῳ λαβεῖν.

niamus ad id, quod proponitur. Cum quidam vellet testamento suo aliquid Manichaeo non capienti relinquere, neque legem ignoraret, quae id prohiberet, contra legem quidem non fecit, sed herede instituto tacitum fideicommissum Manichaeo reliquit: heredem enim tacite rogavit, ut totam hereditatem, aut partem ejus ei, qui capere non posset, relinqueret: ait igitur Modestinus eum praedonem esse intelligi, et tanquam malae fidei possessorem conveniendum ab his, ad quos pertinet tacitum fideicommissum, quod tacite incapaci relictum erat."

Die Frage aber, ob derjenige, welcher zwar anfänglich in gutem Glauben war, nachher aber sich von dem Gegentheil überzeugte, den praedonibus beyzuzählen sey, beantwortet Ulpian

Fr. 25. §. 5. D. h. t.

„De eo autem loquitur Senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias apprehendit. Quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendae possessionis: postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere, praedonio more versari coepit, nihil Senatus loqui videtur. Puto tamen, et ad eum mentem Senatusconsulti pertinere. Parvi etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit." — Nun geht Ulpian auf mehrere specielle Fragen über: er untersucht nehmlich, wer mittelst der hereditatis petitio directa, und wer mittelst der hereditatis petitio utilis belangt werden kann. Was nun

I. Die hered. petit. directa betrifft, so kommt vorerst

a) der Fiduciar-Erbe, heres fiduciarius, zur Sprache. Hierüber bemerkt Ulpian

Fr. 16. §. 7. D. h. t.

Folgendes: „Idem Julianus scribit: si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse: quia habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti juris possessor est. Sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse: quia repetere potest. Sed his casibus actiones suas duntaxat eum praestaturum: cum et res exstant, et potest petitor, etiam per in rem actionem eas vindicare.“ — Hiemit iſt aber auch zu vergleichen das

Fr. 13. §. 2. D. h. t.

„Is autem, qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est, si scit, et restituit. Nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitionem, quasi dolo desierit possidere.“ — Dieſe beyden Stellen ſind durchaus nicht im Widerſpruch mit einander, ſondern die erſte handelt von dem Falle, wenn der Fiduciar-Erbe in gutem Glauben, d. h. in der Meynung, daß er wirklich dem Fideicommiſſar die Erbſchaft zu reſtituiren habe, ſie ihm ausfolgt. In dieſem Falle kann er nun zwar mittelſt der hered. pet. dir. belangt, aber durch Abtretung der Klagen, welche ihm gegen den fideicommiſſariſchen Erben zuſtehen, nehmlich der condictio, kann er ſich von derſelben befreyen, während derjenige Fiduciar-Erbe, welcher wohl wußte, daß er die Erbſchaft dem Fideicommiſſar nicht ausfolgen ſollte, weil das Teſtament unächt oder ungültig ſey, ſeines böſen Glaubens willen haftet, und ſich nicht durch die Klagenabtretung hievon befreyen kann. Ganz in dieſem Sinne drücken ſich auch die Scholien der Baſilicen aus:

L. XLII. tit. 1. Fr. 16. §. 5. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 597.)

„Ἐάν τις μὴ ὢν κληρονόμος πλανηθεὶς, καὶ νομίσας φιδεϊκομίσσῳ βεβαρῆσθαι, πᾶσαν τὴν κληρονομίαν, ἢ τὸ καθ' ἕκαστον τῶν πραγμάτων ἀποκαταστήσας τινὶ, φησὶν Ιουλιανὸς ἐνάγεσθαι αὐτὸν ὡς ἴουρα νεμόμενον, δηλονότι τῇ νερεδιτάτις

„Si quis cum heres non esset per errorem quasi ex causa fideicommissi totam hereditatem, vel singulas res restituerit, Julianus ait, peti ab eo hereditatem posse: habet enim condictionem indebiti earum rerum no-

πετιτίονι. ἔχει γὰρ τὸ ἰνδέβιτον κονδικτίκιον, ἐπὶ τοῖς ἰνδεβίτως ἐκ τῆς τοιαύτης καταβληθεῖσιν αἰτίας, ὥστε ὁ τοιοῦτος ἐνάγεται τῇ νερεδιτάτις πετιτίονι, οὐχ ἵνα πράγματα δῷ. πῶς γὰρ εἰ βόνα φίδε τὴν ἀποκατάστασιν ἐποιήσατο, ἀλλ' εἰς ἐκχώρησιν τῶν ἀγωγῶν. αὕτη γάρ ἐστι διαφορὰ τοῦ παρόντος, καὶ τῶν εἰρημένων ἐν τῷ ιγ'. διγέστῳ θε. γ'."

mine, quae sunt ex ea causa solutae. Sed iste petitione hereditatis tenetur, non ut ipsas res praestet, cum bona fide restituerit, sed ut actionibus cedat: et in eo differt hoc digestum à digesto 13. them. 3." — (h. e. nostro Fr. 13. §. 2.)

— und

p. 597.

„Μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ εἰρημένον ἐν τῷ ιγ'. διγέστῳ. ἐνάγεσθαι γὰρ αὐτὸν ἐνταῦθά φησιν, εἰ καὶ μὴ κατὰ δόλον ἀποκατέστητεν ἑτέρῳ τὴν κληρονομίαν, οὐχ ἵνα τὰ πράγματα δῷ, ἀλλ' ἵνα τὰς ἀγωγὰς ἐκχωρήσῃ."

„Non obstat, quod dicitur, digesto XIII, hic enim ait, teneri eum petitione hereditatis, quamvis sine dolo alteri hereditatem restituerit, non ut res praestet, sed ut actionibus suis cedat."

(Von dem heres fideicommissarius wird unten unter II. die Rede seyn.) Die hered. pet. dir. findet aber auch

b) gegen denjenigen Statt, welcher pro herede besaß, und mit Gewalt des Besitzes entsetzt wurde, so wie

c) gegen denjenigen, welcher ihn des Besitzes mit Gewalt entsetzt hat, natürlich gegen Ersteren nur pro herede, gegen Letzteren pro possessore, nach Ulpian

Fr. 16. §. 4. D. h. t.

„Julianus scribit: si is qui pro herede possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi à juris possessore: quia habet interdictum unde vi, quo victus cedere debet. Sed et eum, qui dejecit, petitione hereditatis teneri: quia res hereditarias pro possessore possidet."

d) gegen den Erben des Erben nach Ulpian

Fr. 13. §. 3. D. h. t.

„Neratius lib. VI. membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret, pro herede, vel

pro possessore defunctum possedisse. Idem esse lib. VII. ait. Etiam si putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.“ — Wenn nun gleich unsere Stelle nur von dem Falle spricht, wo der Erbe des Erben nur pro herede haftet, so dürfen wir doch wohl annehmen, daß er dann, wenn er im bösen Glauben war, pro possessore hafte.

e) Gegen denjenigen, welcher wohl wußte, daß er weder pro herede noch pro possessore besitze, demunerachtet aber in Beziehung auf die hered. pet. litem contestirt hat, insofern nehmlich der Kläger in der Meinung stand, daß er wirklich die Erbschaft besitze; dann wußte der Kläger, daß er weder pro herede noch pro possessore besitze, so hat er die Schuld, einen ganz falschen Beklagten gewählt zu haben, lediglich sich selbst zuzuschreiben, nach Ulpian

Fr. 13. §. 13. D. h. t.

„Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum: si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit: ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri“ — und Celsus

Fr. 45. D. h. t.

„Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere, quippe isto modo non est deceptus, et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur, aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi.“ —

f) Gegen denjenigen, welcher Erbschaftsstücke veräußert hat, und zwar

α) wenn solches in der Absicht geschehen, der hered. pet. zu entgehen, nach Ulpian

Fr. 13. §. 14. D. h. t.

„Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur.“ — In der Fortsetzung dieser Stelle: „Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit judicium pati, Marcellus lib. IV. digestorum tractat, ne (num) forte evanescit

adversus eum qui desiit (possidere), litis aestimatio. Et magis evanescere ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere: indubitatum erit, evanescere. Sed si is, qui dolo desiit, ante conveniatur: eum, qui possidet, non liberabit" — untersucht nun Ulpian zwey andere Fragen, nehmlich

1) ob, wenn derjenige, welcher im Besitz der Sache ist, bereit sey, sich auf die hered. pet. einzulassen, oder dieselbe herauszugeben, der Andere, welcher sich des Besitzes dolose entäußert, hiedurch von der Klage befreit werde? und

2) ob der Besitzer dadurch, daß derjenige — welcher zu besitzen dolose aufgehört, zuerst belangt worden, von der hered. petit. befreit werde?

Die erste Frage beantwortet er dahin: daß wenn der Besitzer die Sache wirklich herausgegeben, und der Kläger vollständig befriedigt sey, die hered. petit. gegen denjenigen, welcher dolose zu besitzen aufgehört, nimmer Statt finde, daß sie aber auch dann gegenüber von dem Veräußernden erlösche, wenn der Besitzer sich auf die hered. petit. einzulassen gesonnen sey, wovon jedoch in dem Falle eine Ausnahme Statt finde, wenn der Kläger ein besonderes Interesse bey Anstellung der hered. pet. gegen den Veräußernden habe. Daß aber im umgekehrten Falle, und zur zweyten Frage, wenn der Letztere zuerst belangt worden, der Besitzer keineswegs von der hered. petit. befreit werde. Hiemit stimmen auch Paulus

Fr. 7. D. de rei vind. (6, 1.)

und Papinian

Fr. 95. §. 9, D. de solut. et liberat. (46, 3.)

welche in unserm §. S. 532 abgedruckt sind, überein. Ein sehr gutes und richtiges Scholion hierüber findet sich in den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 13. §. 12. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 594 u. 595.)

„Κατέχεται δὲ ὡσαύτως τῇ κληρονομίας πετιτιόνι, καὶ ὁ δόλῳ παυσάμενος κέμεσθαι. τί οὖν ὅτι κατέσχεν ἕτερος τὴν κομὴν ἧς ἐξέπεσον κατὰ δόλον ἐγὼ, καὶ ἑτοίμως ἔχει τὴν ἰν ῥὲμ

„Item qui dolo fecit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenetur. Quid ergo si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit

ὑποδέξασθαι. ἆρα ἐλευθεροῖ με τὸν δόλῳ παυσάμενον νέμεσθαι. τοῦτο τρακταίζει καὶ ὁ Μάρκελλος ζητῶν, μὴ ἄρα ἐξασθενεῖν κατ' ἐμοῦ τοῦ δόλῳ παυσαμένου τῆς νομῆς ἡ τῆς δίκης διατίμησις, ἤτοι ἡ καταδίκη. καὶ μᾶλλον ἐξασθενεῖν ταύτην φησίν, εἰ μὴ ἄρα διαφέρει τι τῷ κινοῦντι. τυχὸν γὰρ ὁ τὰ πράγματα νῦν κατέχων, ἄπορός ἐστιν, ἢ ἄλλως δυσχερής, εἰ μέν τοι φησὶν ὁ νῦν τὸ πρᾶγμα νεμόμενος ἑτοίμως ἔχει αὐτὸ ἀποκαταστῆσαι, τότε ἀναμφιβόλως ἀποσβέννυσθαί φησι τὴν κατὰ τοῦ δόλῳ παυσαμένου νέμεσθαι μεθοδίαν. εἰ δὲ πρότερον ἀναχθῇ ὁ δόλῳ παυσάμενος νέμεσθαι, οὐκ ἐλευθερώσει τοῦτον τὸν τὰ κληρονομιαῖα νεμόμενον πράγματα. ὁ γὰρ δόλῳ παυσάμενος νέμεσθαι, ὀβ ποέναμ καταδικάζεται."

judicium in rem suscipere, an liberat me, qui dolo desii possidere? hoc tractat Marcellus quaerens: ne forte evanescat adversus me, qui dolo desii possidere, litis aestimatio, sive condemnatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest: forte enim, qui nunc res possidet, inops est, aut aliâs difficilior: si tamen, inquit, qui rem nunc possidet, paratus sit eam restituere, tunc sine dubio ait evanescere actionem adversus eum, qui dolo possidere desiit. Sed si is, qui dolo possidere desiit, ante conveniatur, eum, qui res hereditarias possidet, non liberabit: nam qui dolo possidere desiit, ob poenam condemnatur."

Nicht nur aber derjenige, welcher in bösem Glauben — sondern auch

β) derjenige, welcher in gutem Glauben veräußert hat, haftet mittelst der hered. pet. nach Ulpian

Fr. 16. §. 5. D. h. t.

„Item Julianus ait: sive quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri: sive jam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat." — Nur findet zwischen beyden — wie bey'm heres fiduciarius — (oben unter I. a. S. 363 u. 364) der Unterschied Statt, daß derjenige, welcher in gutem Glauben veräußert hat, sich durch die Abtretung der actio venditi gegen den Käufer oder die Herausgabe des Erlöses von der hered. pet. befreyen kann, und hiefür spricht auch ganz deutlich Ulpian's

Fr. 18. pr. D. h. t.

„Item videndum: si possessor hereditatis, venditione per argentarium facta, pecuniam apud eum perdiderit: an petitione hereditatis teneatur: quia nihil habet, nec consequi potest: sed Labeo putat, eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavenus ait, nihil eum, praeter actiones, praestaturum: ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.“ — Die hered. pet. kann aber

g) auch gegen den debitor hereditarius angeſtellt werden, nach Ulpian

Fr. 13. §. 15. D. h. t.

„Idem à debitore hereditario, quasi à juris possessore: nam et à juris possessoribus posse hereditatem peti, constat.“ — Paulus

Fr. 14. D. h. t.

„Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit: nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit“ — und Gajus

Fr. 15. D. h. t

„Vel aliquam rem hereditariam subripuerit.“ — Ulpian

Fr. 16. §. 3. D. h. t.

„Non solum autem à debitore defuncti, sed etiam à debitore hereditario peti hereditas potest.“ — Der debitor defuncti aber unterſcheidet ſich von dem debitor hereditarius darin, daß Erſterer ſchon Schuldner des Erblaſſers war, Letzterer erſt Schuldner der Erbſchaft wurde, daß aber der debitor hereditarius im weitern Sinne des Worts, in welchem er den debitor defuncti und den hereditarius im engeren Sinne des Worts in ſich begreift, nicht in allen Fällen, ſondern nur dann, wenn er die Schuld aus dem Grunde verweigert, weil er ſich ſelbſt für den Erben ausgibt, mit der hered. pet. belangt werden könne, bemerkt Ulpian

Fr. 42. D. h. t.

„Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem: sed ideo, quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem,

non tenetur hereditatis petitione.“ — Eben deßwegen kann auch derjenige, welcher erst nach der von dem possessor angetretenen Erbschaft Schuldner geworden, niemals mit der hered. pet. belangt werden, weil er ja des petitoris Schuldner geworden ist, und dieß will Paulus mit den Worten ante aditam hereditatem (oben Fr. 14.) sagen. Das Nähere wird weiter unten vorkommen. Von dem Fall, wenn das debitum (hier nehmlich im weitesten Sinne des Worts genommen, in welchem auch das Wort debitor hier zu nehmen ist, worüber ich meine

Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit ꝛc. Stuttg. 1827. §. 40. S. 31.

zu vergleichen bitte) ein bedingtes oder betagtes war, handelt Ulpian

Fr. 16. pr. D. h. t.

„Quod si in diem sit debitor, vel sub conditione, à quo petita est hereditas: non debere eum damnari: rei plane judicatae tempus spectandum esse secundum Octaveni sententiam, ut apud Pomponium scriptum est, an dies venerit: quod et in stipulatione conditionali erit dicendum. Si autem non venerit, cavere officio judicis debeat de restituendo hoc debito, cum dies venerit, vel conditio extiterit.“ — Diese Stelle müssen wir jedoch etwas genauer betrachten. Derjenige nehmlich, welcher eine betagte oder bedingte Forderung eingeklagt, machte sich früher einer plus petitio tempore schuldig (vgl. I. Bd. S. 457 ff.), was nachher freylich durch die Constitution Zeno's (a. a. O. S. 472 u. 473) abgeändert wurde, wenn nicht der Kläger in gewinnsüchtiger Absicht eine bedingte oder betagte Forderung eingeklagt hatte. Nach dieser Stelle aber können wir nun bloß von folgenden zwey Fällen Einen annehmen,

a) daß schon früher und vor der Zenoni'schen Constitution die hered. pet. und die conditionalis stipulatio das Vorrecht genossen haben, daß dann, wenn die Forderung zur Zeit des Erkenntnisses wenigstens nicht mehr bedingt oder betagt war, hierauf, ohne daß die Folgen der plus petitio eingetreten wären, erkannt werden konnte, denn anders ist die Stelle von „rei plane“ — „dicendum“ nicht wohl zu erklären, oder

b) daß die correctorische Hand der Redactoren der Digesten über diese Stelle gegangen, und sie nach der Constitu-

tion Zeno's abgeändert worden ist. — Das Letztere ist für mich das Wahrscheinlichere. Jedenfalls aber konnte der Gläubiger einer bedingten oder betagten Forderung vom Schuldner Caution für den Fall des Eintritts der Bedingung oder des Tags verlangen nach der Stelle „Si autem" bis zum Ende; und vergleichen wir hiemit die Stelle Papinian's

Fr. 41. D. de judic. (5, 1.)

„In omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit" — so wird man wohl nicht sehr irren, wenn man annimmt, daß Ulpian der Ansicht derjenigen, welche noch vor der Constitution Justinian's (vgl. oben S. 357) die hered. pet. für eine actio bonae fidei hielten, beygetreten ist. Nun geht aber Ulpian weiter, und bemerkt

h) in dem

Fr. 16. §. 1. D. h. t.

„Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet: item qui à debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur" — daß auch derjenige, welcher Erlöse von Erbschaftssachen oder Erbschaftsforderungen eingezogen hat und besitzt, mit der hered. pet. belangt werden könne; desgleichen derjenige, welcher

i) die hered. pet. gegen einen Andern angestellt, und die Litis aestimatio (vgl. I. Band S. 449 ff.) erhalten hat

Fr. 16. §. 2. D. h. t.

„Unde Julianus libro sexto Digestorum ait, ab eo, qui petit hereditatem, et litis aestimationem consecutus est, hereditatem peti posse." — Ferner bemerkt Ulpian

Fr. 16. §. 3. D. h. t.

„Denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, et Celso et Juliano videtur peti hereditatem posse. Sed si heredis negotium gessit, nequaquam: ab heredis enim debitore peti hereditas non potest." — Daß auch

l) gegen denjenigen, welcher die Angelegenheiten der Erbschaft besorgte, nicht aber gegen denjenigen, welcher die Angelegenheiten des Erben besorgte, die hered. pet. directa angestellt werden könne. Gehen wir nun

II. zur hered. pet. utilis über. Diese findet Statt

a) gegen den Käufer einer Erbschaft, nach Ulpian

Fr. 13. §. 4. D. h. t.

„Quid, si quis hereditatem emerit? an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur; venditorem enim teneri certum est. Sed finge non exstare venditorem, vel modico vendidisse, et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? Et putat Cajus Cassius dandam utilem actionem.“ — Ob aber der Käufer einer Erbschaft unbedingt oder nur in den in unserm §. ausgehobenen Fällen belangt werden könne? ist eine Frage, welche unsere Stelle zunächst nicht beantwortet. Nach der Fassung, welche die Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 13. §. 4. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 543.)

unserer Stelle geben:

„Καὶ ὁ πωλήσας κληρονομίαν, καὶ ὁ ἀγοράσας ἐνάγονται τῆς περὶ τῆς νομῆς τῶν κληρονομιαίων ἀγωγῆ.“	„Et qui hereditatem vendidit, et qui emit, tenentur petitione hereditatis.“

— möchte ich kein Bedenken tragen, zu behaupten, daß es dem Kläger durchaus freystehe, entweder nach seiner Willkür den Verkäufer, insoweit Letzterer haftet (vgl. oben unter I. f. S. 366—369) mittelst der hered. pet. directa, oder den Käufer mittelst der utilis zu belangen, und Ulpian wollte durch die in unserm §. ausgehobenen Fälle nicht sowohl diese als solche bezeichnen, welche allein die hered. pet. utilis gegen den Käufer begründen, sondern er wollte vielmehr durch Bezeichnung dieser Fälle den Satz: daß die hered. pet. utilis gegen den Käufer angestellt werden könne, begründen und näher motiviren. Ueber den Einfluß aber, welchen der gute oder böse Glaube des Käufers auf die gegen ihn angestellte hered. pet. utilis äußert, ist zu vergleichen Ulpian

Fr. 13. §. 8. D. h. t.

„Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo hereditatem quidam putant: quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit, sed, ut emptor universitatis, utili tenetur“ — und hieraus zu entnehmen, daß der Käufer nur als solcher, und nicht pro possessore (oben S. 660—362) belangt werden könne, weil derjenige, welcher einen Kaufpreis bezahlt, nicht als praedo

angesehen werden könne. Diesen Grundsatz finden wir auch in dem Ulpianschen

Fr. 26. pr. D. de reg. jur. (50, 17.)

„Nemo praedo est, qui pretium numeravit.“ — Unrichtig aber ist es, wenn die Basilicen

L. II. tit. 3. Fr. 126. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 180. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 73. Theoph. Paraphr. graeca Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 1013. *Witte* Basil. tit. de div. reg. jur. antiqui, p. 28)

statt „praedo“ hier „κακῇ πίστει νομεὺς“ „malae fidei possessor“ setzen, ganz richtig aber drückt sich der Scholiast der Basilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 13. §. 6 (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 592.)

aus, wenn er hier „πραίδων“ „praedo“ setzt. Denn malae fidei possessor kann der emtor hereditatis wohl seyn, nur nicht praedo, wie ich unten bey dem Früchtepunkt aus der

Const. 2. C. de petit. hered. (3, 31.)

zeigen werde. Uebrigens findet gegen den emtor hereditatis in Beziehung auf die einzelnen von ihm erkauften Sachen auch die rei vindicatio Statt nach der Imperatoren Severus und Antonin

Const. 2. C. de pet. hered. (3, 31.)

„Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.“ — Wenn aber Ulpian

Fr. 13. §. 9. D. h. t.

„Item si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem, emerit: aequissimum erit, utilem actionem adversus eum dari“ — (vgl. auch Julian's Fr. 54. D. h. t. oben S. 355) behauptet, daß auch derjenige, welcher vom Fiscus eine Erbschaft kaufte, mittelst der hered. pet. utilis belangt werden könne, so sprach er einen für seine Zeit ganz richtigen Satz aus. Auch stand diesem Satz das Edict des Divus Marcus, d. h. des Imperators Marcus Aurelius Antoninus

§. 14. I de usucap. (2, 6.)

(worüber ich mich auf meine Schrift:

Die Uusucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 89. S. 196 u. 197.

beziehe) nicht im Wege, denn dieses Edict bestimmte nur eine fünfjährige Verjährungsfrist. Ulpian, welchem dieses Edict bekannt seyn mußte, indem er erst nachher, nehmlich zur Zeit des Imperators Alexander Severus lebte, war nun durch das fragliche Edict keineswegs gehindert,

diesen Satz aufzustellen. Dieses Edict hob aber der lange nach Ulpian, aber vor Justinian lebende Imperator Zeno in der

Const. 2. C. de quadr. praescr. (7, 37.) vergl. auch §. 14. I. de usucap. (2, 6.)

und zu beyden die o. a. Schrift

§. 89. S. 197. u. 198. u. §. 114. S. 245 u. 246.

auf, und verordnete, daß derjenige, welcher etwas vom Fiscus kaufe, vor aller Entwährung sicher gestellt sey, und derjenige, welcher, aus was immer für einem Grunde, Ansprüche an die gekaufte Sache machen wolle, innerhalb vier Jahren den Fiscus zu belangen habe. Diese Verordnung war nun den Redactoren der Digesten bekannt, und dennoch nahmen sie noch den obigen Satz Ulpians auf. Wie reimen wir nun aber diesen Satz und die Constitution Zeno's, welche überdieß Justinian

Const. 3. C. de quadr. praescr. (7, 37.) vgl. auch §. 14. I. de usuc. (2, 6.)

auf den Imperator und die Augusta ausdehnte, zusammen? Sollen wir sogleich das „quandoque bonus dormitat Homerus" über die Redactoren der Digesten aussprechen und annehmen, daß ihnen diese Stelle Ulpians aus Unachtsamkeit entschlüpft sey, und sich so unter den übrigen §§. unsers Fr. 13. eben auch unbeachtet in die Digesten verirrt habe, oder auf welche andere Weise wollen wir diese widerstrebenden Elemente vereinigen? Die vorliegende Antinomie entgieng nun schon der Nachjustinianeischen Jurisprudenz nicht; die Scholiasten der Basilicen beschäftigten sich schon mit Lösung dieses Räthsels, und wie sie es zu lösen suchten, ist in ihren Scholien

ad h. l. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 592 u. 593.)

enthalten:

Ἐάν τις ἀπὸ τοῦ Φίσκου τὴν ἑτέρῳ διαφέρουσαν κληρονομίαν ὡς βακαντίαν ἀγοράσῃ, δικαιότατόν ἐστι δέχεσθαι κατ' αὐτοῦ τὴν οὐτιλίαν κερεδιράτις πετιτιόνα. καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ κείμενον ἐν τῇ β'. τῶν ἰνστιτούτων, τίτ. στ'. ἐν τῷ τέλει. τεθάπται γὰρ οὐ κληρονομία,

„Si quis à fisco alienam hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem adversus eum hereditatis petitionem admittere. Nec obstat quod dicitur in secunda Institutione tit. VI. in fine: ibi enim non hereditatem, sed rem certam

ἀλλὰ πρᾶγμα ῥητὸν ἐκεῖσε πωλήσας ὁ Φίσκος. Μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ κείμενον ἐν τῇ β'. τῶν ἰνστιτούτων, ἐκεῖσε τὸν κατ' ἀγορασίαν, ἢ κατὰ δωρεὰν ἀλλότριον πρᾶγμα παρὰ τοῦ Φίσκου λαβόντα, Φησὶν ὁ νομοθέτης νικητὴν ἀναφαίνεσθαι, κἂν τε ἐνάγῃ, κἂν τε ἐνάγηται. καὶ τέως εἶπεν αὐτὸν ἐνάγεσθαι. κἀνταῦθα οὖν δύναταί τις ἴσως εἰπεῖν ὅτι ἐνάγεται μὲν, πλὴν ὁ ἐναγόμενος νικᾷ κατὰ τὸ εἰρημένον ἰνστιτοῦτον. ἴσθι δὲ ὅτι ἡ διαφορὰ τῶν θεμάτων αὕτη καὶ μόνη ἐστὶν, ὅτι ἐν μὲν τοῖς ἰνστιτούτοις οὐ κληρονομία, ἀλλ' ἓν καὶ μόνον πρᾶγμα τεθεμάτισται πωλήσας ὁ Φίσκος. ἐνταῦθα δὲ ὁμάδα ἤτοι κληρονομίαν, καὶ ἔστιν αὕτη ἡ διαφορά. Καί τοι Φησὶν ἰνστιτούτων β'. τίτ. στ'. καὶ βιβλιόν ζ'. τοῦ κώδικος τίτλῳ λζ'. τὸν ἀγοράζοντα παρὰ Φίσκου παρὰ μηδενὸς ἐνάγεσθαι, ἀλλὰ τὸν ἔχοντα τινα ἀγωγὴν, περὶ τῶν πραγμάτων ἐνάγειν τῷ Φίσκῳ εἴσω τετραετίας. τινὲς οὖν τὸ παρὸν σημειοῦνται, ὡς ἰδικὸν ἐπὶ κληρονομίᾳ. ἄλλοι δὲ ὅτι ἐπὶ τοιούτῳ ὅρῳ ἠγόρασεν. ἄλλοι, ὅτι μάλα Φίδε ἠγόρασεν. ἔστι δὲ λέγειν ὅτι πρὸ τῆς Ζήνωνος διατάξεως, εἴσω πενταετίας ὁ παρὰ τοῦ Φίσκου λαβὼν ἐνήγετο, ὡς ἰνστιτούτων β'. τίτ. γ'. καὶ ιστ'. βιβ. β'. τοῦ. κώδικος τίτλῳ λζ'. διάτ. γ'. πρὸς ἣν καὶ τὸ παρὸν νοητέον. ὕστερον γὰρ ἡ Ζήνωνος

vendidisse fiscus dicitur. Nec obloquitur, quod legitur Institutione II. eum, qui à fisco per venditionem aut donationem aliquid accepit, victorem existere, sive experiatur, sive conveniatur: et tamen hic conveniri ait: poterit igitur quis fortasse dicere, conveniri quidem, sed reum vincere, juxta id quod dicitur in Institutione. Sciendum autem est hanc unam esse differentiam, quod in Institutione fiscus non hereditatem, sed rem unam duntaxat vendidisse dicitur, hic autem universitatem, sive hereditatem, et haec est differentia. Atquin Institutionis secundae tit. VI. et lib. VII. Cod. tit. XXXVII. dicitur, eum qui emit à fisco, à nemine conveniri, sed eum, qui aliquam actionem habet, adversus fiscum usque ad quadriennium agere. Quidam igitur, quod hic dicitur, notant velut singulare in hereditate: alii vero, emptorem ea lege emisse dicunt: alii mala fide emisse. Sed dici quoque potest ante Zenonis constitutionem, eum, qui à fisco acceperat, conveniri potuisse intra quinquennium, ut Instit. II. tit. VI. et lib. II. Cod. tit. XXXVII. constit. III. secun-

διάταξις τὸ ἀμέριμνον παραχρῆμα τῷ λαβόντι ἀπὸ τοῦ φίσκου περιεποιήσεν, ἀνάγνωθι βιβλίον μθ'. τίτλον ιδ'. δίγεστον ε'. καὶ μα'. εἰκὸς δὲ καὶ οὐτιλιώς ἐνταῦθα προκείμενον λύει τὴν ἐναντιώσιν."

dum quam hoc digestum intelligendum est: postea enim Zenonis constitutio statim securum fecit eum, qui aliquid à fisco accepit. Lege lib. XLIX. tit. XIV. dig. V. et XLI. Sed et dissidium componi videtur ex eo, quod hic dicitur, utilem actionem adversus eum dari."

Sey es auch nun mir erlaubt, meine Ansichten hierüber auszusprechen. Ich glaube allerdings, daß unser obiges (S. 373) Fr. 13. §. 9. bey'm Excerpiren des Ulpian'schen Werks den Redactoren der Digesten ganz unbemerkt entschlüpft ist, daß sie im Flusse des Excerpirens an die Zenonianischen und Justinianeischen Constitutionen gar nicht dachten, und daß also hier ein Versehen wohl am richtigsten angenommen werden dürfte. Allein gerade dieß können und dürfen wir nicht annehmen, nachdem Justinian in der Verkündigungs-Urkunde der Digesten so sehr sich darüber ausgesprochen hat, daß nunmehr überall eine vollständige Consonantia in seinen Gesetzbüchern herrsche. Wir müssen also unsern §. 9. mit den Zenonianischen und Justinianeischen Constitutionen zu vereinigen suchen, und die bisherigen Vereinigungs-Versuche wollen wir nun prüfen. Was

a) den Versuch betrifft, daß unser §. 9. gegen dem emtor hereditatis nur die hered. pet. utilis nicht die directa gebe, so muß ich solchen lediglich von der Hand weisen; denn einmal möchte ich doch wissen, worin sich denn die hered. pet. utilis von der directa im Wesentlichen unterscheiden solle, was mir wohl Niemand wird beantworten können, da ein wesentlicher Unterschied ja gar nicht existirt. Der bloße Namens-Unterschied aber kann in der That noch keine Vereinigung bewirken, denn dann wäre ja nur dasjenige, was dem emtor hereditatis durch die Zenonianische und Justinianeische Constitution gewährt worden, demselben durch unsern §. 9. wieder in der That genommen, und nur dem Namen nach, was doch wohl lächerlich wäre, belassen worden. Sodann aber spricht ja schon Ulpian, welcher

die obigen Constitutionen gar nicht kennen konnte, davon, daß gegen den hered. emtor nur die hered. pet. utilis Statt finde, Ulpian aber konnte in der That noch auf keinen Vereinigungs-Versuch zwischen seinem §. 9. und in den oben genannten Constitutionen bedacht seyn, sondern der wahre Grund, warum gegen dem emtor hereditatis nicht die hered. petit. directa, sondern bloß die utilis Statt findet, ist vielmehr der, weil der hereditatis emtor nicht pro herede, sondern pro emtore besitzt — wie wir oben (S. 372) schon gesehen haben.

b) Muß ich den Vereinigungs-Versuch, welcher rathet, daß man auf das von Zeno aufgehobene Edictum Divi Marci zurückgehen solle, gleichfalls aus dem einfachen Grunde zurückweisen, weil das gedachte Edict von Zeno aufgehoben wurde. So hat nun freylich

c) der Vereinigungs-Versuch, daß die Zenonianisch-Justinianeischen Constitutionen nur auf res singulares sich beziehen, und die universitates juris nicht berühren, allerdings etwas für sich, allein liest man dann dieselben, so wie den angeführten §. 14. der Institutionen, erwägt man die einzelnen sehr allgemeinen Ausdrücke derselben genau, und faßt man den Geist und den Zweck derselben in's Auge, so treten hier so viele Bedenklichkeiten ein, welche man durchaus nicht beseitigen kann; und wenn nun gleich die Scholiasten sich zunächst für diesen Versuch entschieden zu haben scheinen, so spricht mich doch

d) der letzte, nehmlich derjenige am meisten an, wenn man annimmt, daß die hered. petitio von der Regel der Zenonianisch-Justinianeischen Constitutionen eine Ausnahme bilde. Diese Ausnahme ist aber lediglich durch ein Versehen der Redactoren der Digesten entstanden, und weiter als in dem Bereiche, in welchem dieses Versehen entstanden ist, wollen wir auch dasselbe nicht wirken lassen. Die hered. petit. utilis findet

b) auch gegen den heres fideicommissarius Statt, nach Ulpian

Fr. 13. §. 5. D. h. t.

„Idem erit dicendum, et si parvo pretio jussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, adversus fideicommissarium dari actionem:

ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente“ — worauf er in dem §. 6. also fortfährt: „Sed et si retenta certa quantitate, restituere rogatus sit: idem erit dicendum. Plane si, accepta certa quantitate, restituere rogatus est: non putat Papinianus, ab herede petendam hereditatem: quoniam pro herede, quod conditionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra: et id verius est, quia pecunia hereditaria est.“ — Diese Fälle unterscheiden sich nun zunächst darin, daß der Fiduciar-Erbe, wenn er gegen eine unbedeutende Entgeltung, oder gegen einen Abzug von der Erbschaft diese einem Andern auszufolgen hatte, immer noch mit der hered. pet. directa, wie der Fideicommissar mit der utilis belangt werden konnte, daß aber, wenn er gegen Empfang einer Summe die Erbschaft auszufolgen hatte, nur der Fideicommissarius mit der hered. pet. utilis, keineswegs aber der Fiduciar mit der directa belangt werden konnte. — Der letztere Fall ist es jedoch, in welchem bey den statuliberis, d. h. bey denjenigen, deren Freylassung noch eine bedingte oder betagte ist, nach Paulus

Fr. 1. pr. D. de statu lib. (40, 7.)

„Statuliber est, qui statutam in tempus vel conditionem libertatem habet“ — noch eine Ausnahme Statt findet, welche aber in unserm §. 6. nicht vollständig vorgetragen ist, und in Betreff welcher wir zu Hülfe nehmen müssen das

Fr. 36. D. de mort. causa donat. (39, 6.)

„Quod conditionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, cui certum modum ad capiendum lex concessit. Certe quod à statulibero conditionis implendae causa datur, indubitate modo legati concesso imputatur: sic tamen, si mortis tempore in peculio id habuit. Caeterum si post mortem, vel etiam si alius pro eo dedit, quia non fuit ex his bonis, quae mortis tempore testatur habuit, in eadem erunt causa, in qua sunt, quae à legatariis dantur.“ — Derjenige Fiduciar, welcher von einem statuliber certam quantitatem erhalten hat, haftet nehmlich nur dann nicht mittelst der hered. pet.

directa, wenn der statuliber das Gegebene aus demjenigen Peculium geleistet hatte, welches er schon zur Todeszeit des Erblassers besaß, denn in diesem Falle haftet er, weil das Gegebene als pecunia hereditaria, d. h. als pecunia, quam mortis tempore testator habuit, angesehen wird. Mittelst der hered. petit. utilis haftet aber

c) nach Ulpian auch der Ehmann, welchem die Frau eine Erbschaft als dos beygebracht hatte.

Fr. 13. §. 10. D. h. t.

„Apud Marcellum lib. IV. digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit: maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri. Sed et ipsam mulierem directa teneri, Marcellus scribit: maxime si jam factum divortium est.“ — Diese Stelle müssen wir jedoch etwas genauer betrachten. Man sollte nehmlich wohl auf den ersten Anblick glauben, daß es hinreichend sey, wenn die hered. petit. directa gegen die Frau zustehe, und es einer utilis gegen ihren Ehemann nicht bedürfe. Allein mit der ersten konnte der Kläger, so lange die Ehe dauerte, nichts bewirken, denn er hätte ja das dominium civile des Ehemanns dadurch noch nicht überwunden (die nähere Ausführung kann jedoch erst bey der Lehre vom Römischen Dotal-System gegeben werden), eben deßwegen wäre auch die während der Ehe gegen die Ehefrau angestellte hered. petit. directa eine wahre actio inanis gewesen, worüber ich mich hier Kürze halber nur auf der Imperatoren Carus Carinus und Numerian

Const. 9. C. de rei vind. (3, 32.)

berufen will. Er mußte daher, um das dominium civile des Ehemanns an der dos zu beseitigen, zugleich die hered. pet. utilis gegen Letzteren anstellen. War aber die Ehe einmal getrennt, und hatte die Ehefrau wieder das dominium civile ihrer dos, so konnte natürlich nur gegen sie die hered. pet., und zwar die directa, nicht die utilis angestellt werden. Endlich und

d) findet nach Ulpian

Fr. 13. §. 7. D. h. t.

„Idem et in eo, qui solos fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: tenetur enim et is hereditatis petitione“

— die hered. petit. utilis auch gegen denjenigen Statt, welcher bloß Früchte aus der Erbschaft besitzt.

§. 566. S. 535—542.

Ganz richtig geht nun unser Verfasser von den Subjecten zu den Objecten der hered. pet. über, und hierüber berichtet uns Ulpian

Fr. 18. §. 2. D. h. t.

„Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitionem. Et placuit, universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura sive corpora sint.“ — Hier spricht also Ulpian als Regel aus, daß sowohl die körperlichen als unkörperlichen zur Erbschaft gehörigen Sachen Gegenstand der hered. pet. seyen. Aber diese Regel hat auch ihre Ausnahmen. Denn was

a) die körperlichen Sachen betrifft, so berichtet uns Paulus

Fr. 19. §. 1. D. h. t.

„Quod si pro emtore usucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitionem: quia heres, id est petitor, eam vindicare potest: nec ulla exceptio datur possessori.“ — Etwas deutlicher ist diese Stelle in den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 19. §. 1. (Ed. Fabr. Tom. V. p. 547.)

gefaßt, und namentlich kommt dort das Wort „heres“ nicht in ganz verschiedenen Bedeutungen vor.

„Εἰ δὲ πληρώσει ὁ κληρονόμος τὴν κατὰ ἀγορασίαν διὰ χρήσεως κυριότητα, οὐ κατάγεται εἰς τὴν περὶ κληρονομίας ἀγωγήν. δύναται γὰρ ὁ ἀπαιτῶν ἐνδικεῖν αὐτὸ, καὶ οὐ δίδοται παραγραφὴ τῷ νομεῖ,“

„Quod si pro emptore usucapio ab herede impleta sit, non deducitur in hereditatis petitionem: petitor enim eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori.“

Was nun die usucapio pro emtore betrifft, so muß ich mich dießfalls auf meine Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 81. S. 107—109.

beziehen. Kein gewagter Schluß aber wird es seyn, wenn ich behaupte, daß überhaupt und in Beziehung auf alle diejenigen Sachen, deren Usucapion der beklagte Erbe erst vollendet hat, ganz dasselbe, was bey der usucapio pro emtore Statt finde,

vgl. die o. a. Schrift §. 78. S. 168—170.

daß also alle Sachen, deren Usucapion der beklagte Erbe vollendet hat, kein Gegenstand der hered. petit., sondern bloß der rei vindicatio seyn können, und wenn ich somit diesen Satz generalisire, denn der Grund, warum solche Sachen kein Gegenstand der hered. petit. seyn konnten, war wohl kein anderer als der, weil man annahm, daß erst der beklagte Erbe eigentlich die Sache erworben habe. Was sodann die Schlußworte unsers §. „Nec ulla exceptio datur possessori“ betrifft, so hatte hier Ulpian bloß die exceptio: „ne hereditati fiat praejudicium“ im Auge, von welcher bereits oben (S. 356) die Rede war, denn diese exceptio war nur gegenüber von der hered. pet., keineswegs aber auch gegenüber von der rei vindicatio denkbar, wie dann auch die Scholie des Cyrillus zu den Basilicen hiemit übereinstimmt.

L. XLII. tit. 1. Fr. 19. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 601)

„Εἰ γὰρ καὶ σπεκιαλίαν περὶ τούτου κινεῖ τοῦ πράγματος, οὐκ ἀντιτίθεται αὐτῷ παραγραφή· γίσι πραειουδικίουμ τῇ νερεδιτάτι Φίατ, ἥτις ἀντίκειται τῷ μέλλοντι κινεῖν τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα, τέως δὲ τὴν σπεκιαλίαν κινοῦντι.“

„Nam si specialem in rem actionem intenderit, non opponitur ei exceptio, nisi praejudicium hereditati fiat, quae opponitur petituro hereditatem, interim autem specialem in rem agenti.“

Dagegen aber waren diejenigen Sachen, deren Usucapion der beklagte Erbe noch nicht vollendet hatte, Gegenstand der hered. petit. nach Ulpian

Fr. 13. §. 11. D. h. t.

„Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat. Quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.“ — Ueber den Sinn dieser Stelle enthalten die Scholien der Basilicen Folgendes zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 13. §. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 593.)

„Πρᾶγμά τις ἀπὸ κληρονομίας ἑτέρῳ διαφερούσης ἠγόρασε, καὶ νέμεται τοῦτο προέμπτορε. ἐνέμετο δὲ οὐδὲν ἧττον καὶ ἑτέρου πράγματα προνέρεδε ἢ προ-

„Quidam rem ex aliena hereditate emerat, quam pro emptore possidebat: idemque res alterius pro herede vel pro possessore pos-

ποσσέσσωρε· καὶ ἐτελεύτησε γράψας τινὰ κληρονόμον. ἀλλὰ κατὰ ταῦτα ῥούπτας αὐτῷ γενομένης τῆς διαθήκης, ἢ ἄλλως πως ἀνατραπείσης, ὁ ἐξ ἀδιαθέτου καλούμενος ἐκίνει κατ' αὐτοῦ τὴν ἐρεδιτάτις πετιτίονα. Φησὶ τοίνυν ὁ Οὐλπιανὸς, εἰς τοῦτο τὴν ἐρεδιτάτις πετιτίονα κατάγεσθαι δικαστήριον, οὐ μόνον τὰ ἰδικὰ τοῦ τελευτήσαντος πράγματα. πρόδηλον οὖν ὅτι κατέχεται ὁ γραφεὶς παρ' αὐτοῦ κληρονόμος τῇ ἐρεδιτάτις πετιτίονι, καὶ ὑπὲρ τῶν πραγμάτων ἐκείνων ἅπερ ὁ τελευτήσας προέμπτορε ἐνέμετο, ἢ προποσσέσσωρε. συνωμολόγηται γὰρ καὶ ἅπερ ὁ τελευτήσας ἐνέμετο προέμπτορε, ταῦτα ὁ γραφεὶς παρ' αὐτοῦ κληρονόμος νέμεται προνέρεδε. καὶ εἰκότως ἐνάγεται καὶ περὶ τούτων τῇ ἐρεδιτάτις πετιτίονι παρὰ τοῦ ἀληθοῦς κληρονόμου."

sidebat, et decessit herede relicto, deinde rupto ejus testamento, aut alias infirmato heres legitimus agebat adversus eum petitione hereditatis. Ait igitur Ulpianus: non solum bona defuncti, sed ea quoque venire in petitionem hereditatis. Certum igitur est heredem ab eo institutum petitione hereditatis teneri eorum quoque nomine, quae pro emptore vel pro possessore possidebat: constat enim ea, quae defunctus pro emptore vel pro possessore possidebat, heredem ejus pro herede possidere: ideoque merito à vero herede eorum quoque nomine petitione hereditatis convenitur."

Was sodann

b) die unkörperlichen Sachen betrifft, so berichtet uns Paulus

Fr. 19. §. 3. D. h. t.

„Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire, et agere: propria actione convenietur" — daß Dienstbarkeiten — servitutes — kein Gegenstand der hered. pet. seyn können, und daß dießfalls dem Kläger nur die propria actio, d. h. nach Ulpian

Fr. 2. pr. D. si serv. vind. (8, 5.)

„De servitutibus in rem actiones competunt nobis, ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit: negatoria domino, qui

negat

negat“ — die confessoria zustehe. Ueber den Grund, warum Dienstbarkeiten kein Gegenstand der hered. petit. seyn können, äußert sich richtig das Scholion der Basilicen zu

L. XLII tit. 1. Fr. 19. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 602 u. 603.)

„Ἀσώματοι γὰρ αἱ δουλεῖαι, καὶ τῷ πράγματι παραπεπηγυῖαι σὺν αὐτῷ ἀποκαθίστανται· καὶ οὔτε δύναταί τις εἰπεῖν, ὅτι κατὰ μίμησιν τῶν ἀγωγῶν, ὧν ἐκτήσατο προφάσει τῆς κληρονομίας πωλήσας τινὰ τῶν κληρονομιαίων πραγμάτων, ἢ καταβαλὼν ἀνδέβιτον, ὀφείλει καὶ περὶ δουλείας ἀνρὲμ ἐκχωρεῖν, ἢ γὰρ καθ' ἑτέρων ἐστὶν ἡ δουλείας ἀγωγὴ, καὶ οὐ δεῖται ὁ ἀληθὴς κληρονόμος ἐκχωρῆσαι· αὐτομάτως γὰρ δουλεία αὐτῷ ἁρμόττει σιωπηρῶς συνεπομένη καὶ συμπαραπεπηγυῖα καὶ συναποκαθισταμένη τῷ πράγματι. ἢ καὶ κατὰ τοῦ ποσσέσσωρός ἐστι, καὶ οὐ χώραν ἔχει ἐκχώρησις. οὐδεὶς γὰρ ἐκχωρεῖν δύναταί τι καθ' ἑαυτοῦ, ἀλλ' εἰ ἄρα συνίστησι· μάλιστα ὅτε καὶ ἀπώλετο διὰ τῆς κομφουσίονος ἡ δουλεία. θὲς γὰρ ὅτι καὶ σκρίπτος ἦν κληρονόμος, καὶ ἠδίτευσεν, καὶ οὕτως ἀνετράπη κατὰ τινὰ τρόπον διαθήκη.“

„Servitutes enim incorporales sunt, et rei cohaerentes cum ea restituuntur: neque quisquam recte dicet, ad similitudinem actionum quas occasione hereditatis adquisivit possessor, qui res hereditarias vendidit, vel qui indebitum solvit, debere etiam eum, cum de servitutibus agitur, actionem in rem cedere: vel enim actio adversus alium est, et verus heres cessione non indiget: servitus enim ipso jure ei competit, quia tacite praedium consequitur, cui adhaeret et injuncta est, et simul cum praedio restituitur: vel adversus ipsum possessorem actio est, et cessio locum non habet: nemo enim adversum se aliquid cedere potest. At forte cessio non consisteret, maxime cum servitus confusione deperdita sit: finge enim et heredem testamento institutum et hereditatem adiisse, atque ita testamentum aliquo modo infirmatum esse.“ — Diese Ausnahmen vorausgesetzt kehren wir nun zu der Regel zurück, und in Beziehung auf diese belehrt uns Paulus

Fr. 19. pr. D. h. t.

„Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto, vel com-

modatae, depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur: sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae, vel depositae sunt, nulla sit facile actio: quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui" — und hieraus ersehen wir nun, daß nicht nur solche Sachen, welche im Eigenthum des Erblassers waren, sondern auch solche, für welche der Erblasser dem Eigenthümer zu haften hatte, z. B. entlehnte, hinterlegte, oder von dem Eigenthümer verpfändete Sachen Gegenstand der hered. petit. seyn können. Den Grund aber, warum auch solche Sachen, welche von dem Erblasser entlehnt oder bey demselben hinterlegt wurden, Gegenstand der hered. petit. seyn können? führt Paulus am Schlusse unsers §. an, weil nehmlich der klagende Erbe sonst keine andere Klage hätte. Der Aehnlichkeit des Falls halber hat man nun aber diesen auch die dem Erblasser verpfändeten Sachen angereiht, wenn gleich dem Erben dießfalls die actio pignoraticia (wovon bey'm 7ten Titels des 13ten Buchs) zustand. Eben so standen dem Kläger auch in Beziehung auf solche Sachen, deren Usucapion der Erblasser und der beklagte Erbe noch nicht vollendet hatten (oben S. 381), die hered. petit. zu, wenn gleich dießfalls den klagenden Erben auch die actio Publiciana (von welcher bey'm 2ten Titel des 6ten Buchs die Rede seyn wird) zustand. Nun geht Paulus

Fr. 19. §. 2. D. h. t.

„Veniunt et haeres in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si juraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit: debent hae quoque restitui. Immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Ideinque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere" — noch weiter und berichtet uns, daß auch solche Sachen, welche eigentlich nicht im Eigenthum, sondern in bloßem unantastbarem Besitz des Erblassers waren, Gegenstand der hered. petit. seyn können, und hiezu enthalten die Basilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 19. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 602.)

ein ſehr gutes Scholion:

„Καταφέρεται εἰς τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα, καὶ ἐκεῖνα τὰ πράγματα, ἐφ' οἷς ὁ ποσσέσσωρ τελευτήσας παρανατάσχεσιν μὲν εἶχεν, οὐ μὴν ἐκπεσὼν ἀγωγὴν, οἷς εἰ ἐναχθεὶς περὶ πράγματος ὤμοσε μὴ εἶναι αὐτὸ τοῦ κινήσαντος. πρόδηλον γὰρ ὅτι μὴ ὀμόσας αὐτοῦ εἶναι τὸ πρᾶγμα, περὶ οὗ κεκίνηται ζήτησις, ἀλλὰ μὴ εἶναι τοῦ κινήσαντος, μὲν εἶχε παρανατάσχεσιν, ὅσον ἦκεν πρὸς αὐτὸν τὸν κινήσαντα, καὶ ἐπενηνοχότα. τὸν ὅρκον, ἐκπεσὼν δὲ, οὐδεμίαν δύναται κινεῖν ἀγωγὴν. οὐ λέγω καθ' ἑτέρου κατέχοντος, ἀλλ' οὐδὲ κατ' αὐτοῦ τοῦ ἐπενηνοχότος τὸν ὅρκον, οὐδὲ γὰρ ὤμοσε τὸ πρᾶγμα εἶναι αὐτοῦ, ἀλλὰ μὴ εἶναι τοῦ κινήσαντος. εἰ τοίνυν οὖν τὸν ὅρκον ὑποτελέσας τελευτήσει, καὶ ὁ ἀληθὴς κληρονόμος αὐτοῦ, ἑτέρου τὴν κληρονομίαν κατέχοντος, κινήσει τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα, προσῆκόν ἐστι καὶ τοῦτο τὸ πρᾶγμα καταφέρεσθαι, κἂν τὰ μάλιστα παρανατάσχεσιν μόνην, οὐ μὴν ἀγωγὴν εἶχεν ὁ τελευτήσας ἐπὶ τῷ πράγματι. τὸ πλέον λέγω, εἰ ὁ ποσσέσσωρ ὁ νῦν ἐναγόμενος τῇ νερεδιτάτις πετιτίονι ἀπολέσῃ, καὶ ἀπολέσῃ οὐχ ἁπλῶς. ἀλλὰ κατ' οἰκείαν κούλπαν τὸ πρᾶγμα, κατασχεθήσεται καὶ τούτου ἕνεκεν. τὸ αὐτὸ δέ ἐστι καὶ ἐπὶ τοῦ πραιδωνος, ἤτοι τοῦ

„Veniunt et in hereditatis petitionem res, in quibus defunctus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem amissa possessione. Puta, defunctus rei vindicatione conventus, juraverat petitoris rem non esse: certum enim est, si hoc tantum juraverit, eam rem, de qua quaeritur, actoris non esse, non etiam juraverit eam rem suam esse; possessorem quidem retentionem habuisse adversus actorem, qui jusjurandum detulit: sed amissa possessione nullam actionem movere posse: non dico adversus alium possessorem, sed neque adversus ipsum, qui jusjurandum detulit: nec enim juravit rem suam esse, sed non esse petitoris. Si igitur, qui juravit, decesserit, et ejus verus heres hereditatem petierit à possessore, aequum est eam quoque in judicium venire, licet defunctus in re retentionem habuit, non etiam actionem. Plus dico, et si possessor, à quo petitur hereditas, rem amiserit, non simpliciter quidem, sed culpa sua, hoc etiam nomine tenebitur. Idemque erit et in praedone, sive eo, qui ab initio

ἐξ ἀρχῆς μάλα φίδε τοῦ κλήρου νομέως, εἰ καὶ τὰ μάλιστα ὁ τοιοῦτος διὰ κούλπας οὐ κατέχεται. ἀλλὰ τὸ ἀρχῆς μάλα φίδε τῆς κληρονομίας ἐπιλαβέσθαι· ἐπειδὴ οὔτε κατέχειν ἐξ ἀρχῆς οὗτος ὀφείλει ταῦτα τὰ πράγματα."

mala fide hereditatem possedit, licet hic propter culpam non teneatur, sed quia ab initio mala fide hereditatem adprehendit, quia nec hic ab initio haec retinere debet."

Ganz daſſelbe war auch der Fall, wo der Erblaſſer die Sache nicht uſucapiren oder präſcribiren, ſondern bloß das Recht des Eigenthümers durch den Ablauf der Klagenverjährungsfriſt erlöſchen konnte, worüber ich meine Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §. 119. S. 259—263.

zu vergleichen bitte, der Grund aber, warum auch ſolche Sachen in das Bereich der hered. petit. gezogen wurden, war kein anderer als der, welcher bey hinterlegten und entlehnten Sachen Statt fand, weil nehmlich dem klagenden Erben keine andere Klage dießfalls zuſtand. Nun führt Ulpian

Fr. 20. pr. D. h. t.

„Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt: utputa mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient" — weiter fort, und behauptet; daß auch ſolche Sachen, welche für die Erbſchaft mit erbſchaftlichen Geldern von dem Beklagten angeſchafft worden, Gegenſtand der hered. petit. ſeyen, und im

§. 1.

„Sed non omnia quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Julianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi: at si sui causa emit, pretium venire" — drückt er ſich ganz beſtimmt darüber aus: daß nur ſolche Sachen, welche der Erbe mit erbſchaftlichen Geldern für die Erbſchaft, und nicht bloß für ſich ſelbſt angeſchafft habe, Gegenſtand der hered. petit. ſeyen Denn hat der Be-

klagte die Sachen nicht für die Erbschaft, sondern bloß zu seinem eigenen Gebrauche angeschafft, so ist nur das auf ihre Anschaffung verwendete erbschaftliche Geld, und nicht die Sachen selbst, Gegenstand der hered. petit. Sehr gut ist folgende Fassung der Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 20. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 547.)

„Εἰ δὲ οἰκείῳ ὀνόματι, ἢ μὴ χρήσιμον τῇ κληρονομίᾳ, ἐκ χρημάτων κληρονομιαίων ἀγοράσει, τὰ χρήματα καὶ οὐ τὸ πράγμα δίδωσι."

„At si nomine suo, vel rem non necessariam hereditati ex pecunia hereditaria comparaverit, pecuniam, non ipsam rem restituit."

Ob aber solche Sachen, welche der Beklagte mit eigenem Gelde für die Erbschaft angeschafft hat, Gegenstand der hered. petit. seyn können? untersucht Ulpian

Fr. 20. pr. D. h. t.

„Si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas, hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede" — und bemerkt: daß auch solche Sachen, wenn sie der Erbschaft wesentliche Vortheile gewähren, Gegenstand der hered. petit. seyen, der Kläger dem Beklagten aber den Kaufpreis zu ersetzen habe. Von veräußerten Erbschaftssachen handelt Ulpian

Fr. 20. §. 2. D. h. t.

„Simili modo, et si fundum hereditarium distraxit: siquidem sine causa, et ipsum fundum, et fructus in hereditatis petitionem venire: quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit: non amplius venire quam pretium" — und

Fr. 33. §. 1. D. h. t.

„Julianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum: imputaretur enim ei, si non distraxisset: quod si necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum: si decesserit, fortassis nec pretium: sed non passurum judicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari scribit: et verius est" — daß aber nur bey dem praedo und dem zum malae fidei gewordenen possessor b. f. (wovon weiter unten noch die Rede seyn wird) das Wahlrecht des petitoris bey solchen Sachen, deren Veräußerung nicht nothwendig war, Statt

finde, und daß nur die Veräußerung eines der Erschaft lästigen Sklaven, wenn solche auch nicht nothwendig war, hievon eine Ausnahme mache, ersehen wir aus den Scholien der Basilicen zu den angeführten Stellen, nehmlich zu dem Fr. 20. §. 2.

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 604.

„Θὲς ὅτι μετὰ μόταν κοντροβερσίαν ἐπώλησε τὸν ἀγρὸν, διὰ τὸ εἰρημένον ἐν τῷ ε'. διγέστῳ· ἢ ὅτε μάλα φίδε νομεὺς ἐξ ἀρχῆς ἦν, ὁ γὰρ βόνα φίδε νομεὺς οὐκ ἐνάγεται, εἰ μὴ ἐφ' οἷς ἐγένετο πλουσιώτερος."

„Pone post motam controversiam fundum distraxisse, propter id quod dicitur digesto V. vel mala fide possessorem ab initio fuisse: nam bonae fidei possessor in id duntaxat tenetur, in quo locupletior factus est."

— und zu dem Fr. 33. §. 1.

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 629.

„Τὴν ἐν τῷ παρόντι διγέστῳ διάστιξιν, νόησιν ἐφ' ὧν καὶ εἴρηται τουτέστιν, ἐπὶ οἰκέτου πραθέντος, ἵνα μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὰ ἐν τοῖς ἔμπροσθεν εἰρημένα· καὶ μάλιστα ἐν τῷ κ'. διγέστῳ τοῦ παρόντος τίτλου καὶ τῇ ἐκεῖσε διαστίξει· ἐξ ἧς ἔγνως ὡς εἰ ἄκαρπά εἰσι καὶ ἐπιβαρῇ τῆς κληρονομίας τὰ πεπραμένα παρὰ τοῦ μάλα φίδε νομέως, ἐπιλογὴν ἔχει ὁ πετίτωρ, εἴτε τὸ ἀληθὲς τῶν πραγμάτων αὐτῶν καὶ τῶν καρπῶν τίμημα βούλεται λαβεῖν εἴτε τὸ τίμημα ὅσου καὶ ἐπράθη τὰ τοιαῦτα πράγματα, καὶ τούτου τοὺς τόκους. τίς δὲ ἡ διαφορὰ, καὶ διά τι ἐπὶ μὲν τῶν ἄλλων ἐπιβαρῶν τῇ κληρονομίᾳ πραγμάτων ἐπιλογὴν ἔχει ὁ πετίτωρ· ἐπὶ δὲ τοῦ ἀχρείου οἰκέτου, τὴν τοιαύτην ἐπιλογὴν ἔχειν οὐ δύναται, ἀλλ' ὅσου ἐπράθη λαμβάνει;

„Hujus digesti distinctio accipienda est in his, quae dicta sunt, id est, in servo vendito, ne adversentur ea, quae supra dicta sunt: et maxime in digesto XX. hujus tituli et distinctione ibi posita, ex qua didicisti, si res a malae fidei possessore distractae steriles essent, vel onerarent hereditatem, petitorem electionem habere, sive velit verum pretium rerum ipsarum fructuumque earum, sive pretium quanti res veniit et usuras ejus. Quaenam vero differentia est, curve in caeteris rebus, quae onerant hereditatem, electionem habet petitor: in servo autem non necessario ejusmodi electionem non habet sed quanti servus veniit, accipit?

νει; ὅτι τὰ μὲν ἄλλα πράγματα, κἂν ἐπιβαρῇ ἐστι, Φέρειν δυνάμεθα· καὶ οἰκέτην δὲ ἄχρειον οὐδεὶς δύναται Φέρειν."

quoniam alias res, licet onerent hereditatem, ferre possumus: servum autem inutilem ferre non possumus."

Was aber den Unterschied unsers letzten Fragments zwischen dem Lebenden annoch vorhandenen, und dem durch Tod abgegangenen Sklaven, wobey natürlich aller Mangel an Schuld des Besitzers vorauszusetzen ist, betrifft, so tritt dieser zwischen dem praedo und dem zum m. f. poss. gewordene b. f. ein, denn der praedo hat jedenfalls den wahren Werth auch, wenn er mit Tod abgegangen ist, der zum m. f. gewordene possessor b. f. aber nur den Preis zu ersetzen, wovon das Nähere weiter unten. Nun lenkt aber Ulpian

Fr. 20. §§. 3—6. D. h. t.

auf die Frage ein: Was denn eigentlich der Beklagte dem Kläger zunächst zu leisten habe? und dieß führt uns auf die

§§. 567—571. S. 542—572.

des Verfassers. Man kann nehmlich leicht denken, daß die Ansichten der Rechtsgelehrten über die Ersatzverbindlichkeit des Beklagten sehr verschieden waren, und daß sich eben deßwegen auch eine feste Doctrin nicht bilden konnte, wie auch Ulpian

Fr. 20. §. 6. D. h. t.

„Praeter haec, multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito, et de fructibus" — berichtet, da kam nun ein SCtum der Doctrin zu Hülfe, welches uns gleichfalls Ulpian als die Quelle und den Anhaltspunkt der Doctrin nennt, und welches er uns aufbewahrt hat: „De quibus cum forma Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Senatusconsulti interpretationem facere verbis ejus relatis. Pridie Idus Martias, Quintus Julius Balbus et Publius Juventius Celsus, Titius Ausidius, Oenus Severianus Consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Trajani Parthici filius, divi Nervae Nepos, Hadrianus, Augustus, Imperator, Maximusque Princeps proposuit quinto nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus (esset), quid fieri placeat: de qua re ita censuerunt: cum antequam partes caducae, ex bonis ru-

stici, fisco peterentur.“ — Zu den Worten: „Cum antequam — peterentur“ macht Ulpian

Fr. 20. §. 7.

folgende Bemerkung: „Hoc evenerat, ut partes caducae fisco peterentur: sed etsi ex asse fiat, Senatusconsultum locum habebit. Idem, et si vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacunque causa bona ad eum pervenerunt.“ — Was es mit den partibus caducis für eine Bewandtniß hatte? dieß würde mich hier zu weit führen, und ich kann mich dießfalls Kürze halber bloß auf die Institutionen-Commentarien des Gajus

L. II. §§. 150. 206—208. 286.
L. III. §. 62.

Ulpians

Fragm. tit. 17. u. 18.

so wie auf Justinian's

Const. un. C. de cad. toll. (6, 50.)

berufen, durch welch' letztere ohnehin diese Lehre Antiquität geworden ist, genug hier, daß, wie uns Ulpian berichtet, dieses SCtum nicht nur bey den partibus caducis, sondern auch da, wo der Fiscus eine ganze Erbschaft, sey es nun aus dem Grunde der Caducität oder einem Andern als ihm verfallen, einzog, Statt fand. Ferner nach

Fr. 20. §. 8. D. h. t.

„Senatusconsultum hoc locum habebit, et si civitati peteretur“ — wenn eine Gemeinde, und nach

§. 9.

„In privatorum quoque petitionibus Senatusconsultum locum habere nemo est, qui ambigit: licet in publica causa factum sit“ — wenn ein Privatmann die hered. petit. anstellte. „Nemo est, qui ambigitur“, sagt Ulpian in Beziehung auf den letzteren Satz: Sollte ihm wohl die Constitution des Imperator Marcus Aurelius Antoninus (Divus Marcus)

Const. 1. pr. C. de pet. hered. (3, 31.)

„Senatusconsultum auctore Divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet“

— unbekannt gewesen seyn? (Nach der Jahrzahl derselben 171 n. C. G. — nach der Bezeichnung der Consuln Clarus und Cethegus war es jedoch das Jahr 170 — denn in jenem Jahr waren M. Aurel. Severus Cethegus und L. Junius Clarus Consuln, nach Wurm

Anni Cons. Rom. cum annis Urbis Varron. et cum aera Christi connexi (in ejusd. de Ponderum Nummorum, mensurarum, ac de anni ordin. ration. apud Romanos et Graecos. Stuttg. 1820. Tab. XVIII. p. 247.)

kann sie nur von dem gedachten Imperator herrühren, und die Ueberschrift im Codex, wo statt „Aurelius" „Aelius" vorkommt, ist unrichtig.) Wie dem aber auch sey, so wissen wir wenigstens das, und dieß ist gewiß die Hauptsache, daß das fragliche Senatus-Consult auch auf Privaten anwendbar war. Kehren wir nun nach dieser Erläuterung wieder zu unserm SCtum zurück: „Hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint: placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas." — Zu dieser Stelle macht des Imperator Marc. Aurel. Antoninus

Const. 1. §. 1. C. de pet. hered. (3, 31.)

folgende Bemerkung: „Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae, qui antea possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint" — und Ulpian commentirt sie

Fr. 20. §. 12. D. h. t.

„Haec adversus bonae fidei possessores: nam ita Senatus locutus est, eos qui se heredes existimassent. Caeterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere, distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis, et fructus earum. Sed Imperator Severus epistola ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus. Atquin Senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat: quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem: utrum ipsius rei, et fructum an pre-

tii, et usurarum, post motam controversiam.“ — Aus beyden Stellen ersehen wir nun, daß das SCtum in dem vorliegenden Abschnitt diejenigen, welche pro herede besaßen, im Gegensatz gegen diejenigen, welche pro possessore besaßen (vgl. oben S. 359—369) im Auge hatte. Derjenige nehmlich, welcher weiß, daß er keine Ansprüche an die Erbschaft zu machen habe, haftet nicht bloß für den Kaufschilling, sondern für den wahren Werth der Sache, doch kann der Kläger nach seiner Wahl auch den Kaufschilling nebst Zinsen von einem solchen verlangen. Auf gleiche Weise haftet auch der bonae fidei possessor, oder der pro herede possidens, wenn er post motam controversiam (wovon unten das Nähere) zum malae fidei possessor geworden ist. Schon aus dieser Stelle aber ersehen wir, daß es malae fidei possessores geben kann, welche pro herede besaßen, und keine praedones sind, sonst hätte Severus diese Folge nicht erst auf die malae fidei possessores anwenden können, wenn unter solchen nur die praedones zu verstehen wären, denn dann hätte sich ja die Sache ohne die epistola des Imperators schon von selbst verstanden. Ulpian fährt dann weiter fort:

Fr. 20. §. 13. D. h. t.

„Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment: tamen et si bonorum possessores se existiment, vel alios successores justos, vel sibi restitutam hereditatem in eadem erunt conditione.“ — Unter den „aliis successoribus justis“ (denn die Richtigkeit dieser Lesart kann wohl nicht bezweifelt werden, auch die Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 20. §. 10. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 549.)

haben „δίκαιον διάδοχον“) kann ich keine andere, als den pro bonorum possessore possidentem oder den emtor hereditatis, keineswegs aber bloße successores singulares verstehen, und wenn hier von der restituta hereditas die Rede ist, so sind hierunter diejenigen gemeint, welche sich für fideicommissarische Erben halten. Endlich bemerkt noch Ulpian

Fr. 20. §. 14. D. h. t.

„Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum“ —

und diese Ansicht Papinian's finden wir auch in dem von ihm herrührenden

Fr. 62. pr. D. de rei vind. (6, 1.)

Zu den Worten: „redactae pecuniae ex pretio rerum venditarum" macht Ulpian

Fr. 20. §§. 15. u. 16. D. h. t.

folgende Bemerkung: §. 15. „Redactae, inquit, pecuniae ex pretio rerum venditarum, redactam sic accipiemus, non solum jam exactam, verum et si exigi potuit, nec exacta est. §. 16. Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsae res venient, fructusque earum. Sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant, vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio: fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia, et usurae praestentur" — (vgl. auch oben S. 387 u. 388). Kehren wir nun wieder zu unserm SCtum zurück, welches also fortfährt: „Idemque in similibus causis observandum." Auch hierüber bemerkt Ulpian

Fr. 20. §. 10. D. h. t.

„Non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate." — Dieses Senatus-Consult hatte somit nicht nur bey der petit. hered., sondern überhaupt bey der petit. einer universitas juris (vgl. I. Band S. 322 u. 323), und bey dem judicium familiae erciscundae (vgl. den 2ten Titel des 10ten Buchs) Statt, nach Ulpian

Fr. 25. §. 19. D. h. t.

„Hoc Senatusconsultum ad petitionem hereditatis factum, etiam in familiae herciscundae judicio locum habere placet: ne res absurda sit, ut quae peti possint, dividi non possint." — Nun fährt unser SCtum weiter fort: „Item placere, à quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere." — Hiezu commentirt Ulpian

Fr. 20. §. 17. D h. t.

„Bonae fidei possessor, si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debebit pretium praestare. Sed, ubi habet actionem, suf-

ficiet eum actiones praestare.“ — Hier muß ich mich auf die Bemerkungen oben unter I. f. β. S. 368 beziehen; auch bey der petitio peculii hatte nach Scävola

Fr. 51. D. de pecul. (15, 1.)

ein ganz gleicher Rechtsgrundsatz Statt. Ulpian fährt sodann

Fr. 20. §. 18. D. h. t.

„Sed si vendidit, et evicta re restituit, quod accepit, non videbitur ad eum pervenisse, quamquam possit dici, nec ab initio pretium venire: quia non fuit res hereditaria, quae distracta est. Sed etsi Senatus rerum ex hereditate distractarum non hereditariarum, fecit mentionem: restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet. Nam et Julianus libro VI. Digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere: nec imputaturum, quod non debitum solvit“ — weiter fort, und bemerkt: daß wenn der Beklagte, worunter wir natürlich hier den pro herede und pro possessore — den bonae und malae fidei possessor begreifen müssen, eine Erbschafts-Sache verkauft, diese nachher dem Käufer evincirt wurde, und er in Folge der Gewährleistung den erhaltenen Kaufschilling zurückzuerstatten hatte, er natürlich dem petitor nichts zu ersetzen habe, weil die verkaufte und nachher dem Käufer entwährte Sache keine Erbschaftssache war, und er ja gar nichts hievon mehr hat, sondern ihm das Bezogene durch die von ihm geleistete Gewähr entzogen wurde. — Was aber die Stelle von „Nam et Julianus“ bis zum Ende betrifft, so finden wir in Ulpian's

Fr. 2. §. 7. D. de her. vel act. vend. (18, 4.)

eine ähnliche vom Verhältniß des Erben bezugsweise Verkäufers zu dem Käufer der Erbschaft handelnde Stelle: „Solet quaeri, an, et si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat, et est apud Julianum haec quaestio tractata lib. VI. Digestorum. Et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem: et quod non debitum solverit, non reputare, nam hoc servari, ut heres emtori non praestet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit. Si autem condemnatus praestiterit: hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine

dolo malo suo: etiam si maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres, quae sententia mihi placet.“ — Daß nun der Beklagte ein indebitum, welches er eingenommen, dem Kläger nicht zu ersetzen habe, dieß gilt wohl von allen Arten von Beklagten, denn einmal war das Eingenommene nicht einmal pecunia hereditaria oder debitum hereditarium, sodann aber ist er ja vor der condictio indebiti gar nicht sicher, und es könnte sich gar leicht der Fall ereignen, daß er einmal dem Kläger das indebite Empfangene herauszugeben, sodann aber noch mittelst der condictio indebiti belangt, dasselbe zurückzuerstatten hätte. Eben so klar aber ist, daß ein von dem Beklagten bezahltes indebitum nur dann dem Kläger in Aufrechnung gebracht werden kann? wenn der Beklagte solches auf den Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses bezahlt hat. Zweifelhaft aber ist: ob die vorliegenden Bestimmungen auch auf den praedo passen? diese Frage aber wohl aus dem Grunde zu verneinen, weil überhaupt der vorliegende Abschnitt des SCti nur von bonae fidei possessoribus handelt (vgl. auch Ulpian's §. 17. D. h. t. oben S. 393.) Wie es aber zu halten sey, wenn der Beklagte als heres fiduciarius die Erbschaft dem heres fideicommissarius restituirt hat? haben wir oben unter S. 363 und zugleich ersehen, daß dort zwischen dem guten und bösen Glauben wohl unterschieden wird, was gleichfalls für meine Ansicht, daß hinsichtlich der imputatio indebiti zwischen den Beklagten wohl zu unterscheiden sey, spricht. Von indebite bezahlten Vermächtnissen gilt das Nehmliche, was von der Restitution der Fideicommisse gilt. Von dem Falle, wenn der Beklagte die Vermächtnisse aus seinem eigenen Vermögen bezahlt hat, handelt Gajus

Fr. 17. D. h. t.

„Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit: si quis ab intestato eam hereditatem evincat: licet damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione evicta hereditate legata reddi: attamen quia fieri potest, ut eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem: placet in eo casu, evicta he-

reditate, dandam ei esse repetitionem. Sed cum, cessante cautione, repetitio datur: periculum est, ne propter inopiam ejus, cui solutum est legatum, nihil repeti possit. Et ideo secundum Senatusconsulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat.“ — Allein auch dieſe Stelle kann ſich in der That ſchon nach dem Obigen nur auf bonae fidei possessores beziehen, denn nur dieſen iſt erlaubt, die von ihrem eigenen Vermögen bezahlten Vermächtniſſe gegen Abtretung der condictio indebiti von der Erbſchaft abzuziehen, und das Scholion der Baſilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 17. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 598.)

bemerkt ganz richtig:

„Ταῦτα μὴν οὖν, ἐν ἐξ αὐτῶν τῶν τῆς κληρονομίας πραγμάτων κατέβαλεν ὁ bona fide ταῦτα νενόμενος. Εἰ γὰρ ἐκ τῶν οἰκείων πράγμάτων κατέβαλε λεγάτων τινὶ ὡς νομίσας ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, εἶτα“

„Quae supra (nehmlich in den oben unter I a. S. 363—365 angeführten zwey Scholien) dicta sunt, obtinent, si bonae fidei possessor ex ipsis rebus hereditariis solvit: nam, si de suo legata quibusdam solverit, quod ex testamento heredem se esse putaret, deinde etc.“

— und führt dann die Stelle des Gajus wörtlich an. Man ſieht alſo hieraus, daß der Scholiaſt den Fall der Vermächtnißauszahlung dem der Fideicommißausfolge, falls die Vermächtniſſe aus der Erbſchaft bezahlt wurden, völlig gleichſtellte, und die Stelle des Gajus nur auf den Fall bezog, wenn der Beklagte die Vermächtniſſe de suo, wie Gajus ſagt, d. h. von ſeinem eigenen Vermögen, bezahlt hatte, daß er aber auch hier, wie bey der Klagenabtretung überhaupt, als Mittel der hered. petit. zu begegnen, guten Glauben als weſentliches Erforderniß vorausſetzte. Nun fährt Ulpian

Fr. 20. §. 19. D. h. t.

„Sed si res sit redhibita hic utique et hereditaria est, et pretium non veniet, quod refusum est“ — weiter fort, und geht auf Redhibitionen über. „Redhibere“ aber heißt nach Ulpian

Fr. 21. pr. D. de aedilit. ed. (21, 1.)

„Facere ut rursus habeat venditor quod habuerit, et, quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio appellata est, quasi redditio.“ — In der Natur der Sache liegt aber, daß in einem solchen Falle nur die Sache gefordert werden konnte. Weiter bemerkt Ulpian

Fr. 20. §. 20. D. h. t.

„Sed et si ob venditionem obstrictus sit emtori possessor hereditatis: dicendum erit, prospici ei cautione.“ — Diese Stelle müssen wir aber etwas genauer betrachten. Gesetzt der possessor heredit. hätte mit irgend Jemand einen Rechtsstreit, und der Kläger in demselben behauptete, daß eine gewisse zur Erbschaft gehörige Sache an ihn, den Kläger, verkauft worden sey. Wenn nun der poss. hered. die Sache dem petitor hereditatis ausliefern müßte, so könnte er ja, wenn er in dem Rechtsstreit gegen den angeblichen Käufer unterliegen würde, die Sache nimmer restituiren, und folglich müßte er die litis aestimatio (vgl. I. Band S. 449 ff.) bezahlen. Somit hätte er also die litis aestimatio rein auf sich zu leiden; damit er nun wenigstens keinen directen Nachtheil habe, muß ihm der petitor dafür, daß er gegen Erlegung des Kaufpreises die Sache dem Käufer ausfolgen wolle, Sicherheit leisten. Eines ähnlichen Falles erwähnt Paulus in dem

Fr. 40. §. 3. D. h. t.

„Contra quoque, si possessor caveri damni infecti, cavendum est possessori.“ — In dieser Beziehung aber stehen alle possessores bonae und malae fidei im weiteren Sinne des Worts einander gleich. Nun fährt Ulpian

Fr. 20. §. 12. D. h. t.

weiter fort: „Restituere autem pretia debebit possessor, et si deperditae sunt res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emtorem exstent: nec deperditae, nec deminutae sunt: sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor: aut, si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset juratum. At ubi deperditae sunt, et deminutae: verum pretium debet praestari: quia si petitor rem

consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet“ — und hier müssen wir vorerst wissen, was eine res deperdita und deminuta ist. Eine Erklärung hievon aber gibt Gajus

Fr. 21. D. h. t.

„Deperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum vero, quod usucaptum esset, et ob id de hereditate exiit.“ — Allein diese Erklärung scheint mir etwas zu eng zu seyn, denn es könnten ja die Sachen noch vorhanden, aber bloß verdorben und unbrauchbar geworden, auch könnten sie ja verloren gegangen seyn, wobey die Frage: ob sie in rerum natura noch existiren? immerhin eine zweifelhafte bliebe. Nach Paulus

Fr. 14. D. de V. S. (50, 16.)

„Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur, vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi, aut tabula rasa pictura, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum etc.“ §. 1. Rem amisisse videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet.“ — müssen wir den Ausdruck „res deperditae“ in einem weitern Sinne nehmen, und in diesem begreifen sie offenbar auch

a) die verdorbenen und unbrauchbar gewordenen,
b) die verlorenen Sachen (res amissas), und
c) die res deperditas im engeren Sinne nehmlich, „quae in rerum natura desierunt“ in sich. Der possessor, d. h. der Beklagte muß also jedenfalls den Preis aus den veräußerten Erbschaftsstücken, gleichviel, ob sie noch vorhanden und ob sie unbrauchbar geworden sind oder nicht, restituiren. Zwischen den Besitzern in gutem und bösem Glauben findet aber ein Unterschied Statt. Der pro herede possessor oder der bonae fidei possessor im weitern Sinne des Worts ersetzt nehmlich nur den Preis, welchen er für die veräußerten Sachen erhalten hat, der malae fidei possessor dagegen kann auf Ersatz der veräußerten Sachen selbst belangt werden, und kann er nun diese nicht in natura restituiren, so findet gegen ihn eine condemnatio in die litis aestimatio (vgl. I. Band S. 449 ff.) und das juramentum

mentum in litem Statt, und in dieſem Sinne iſt auch die Stelle von Paulus

Sen. Recept. tit. XIII. §. 3.

„Rerum ex hereditate alienatarum aestimatio in arbitrio petitoris est“ — zu verſtehen. Sind aber die veräußerten Sachen gar nimmer vorhanden, oder unbrauchbar geworden, ſo hat er jedenfalls nicht den Preis, welchen er erhalten hat, falls dieſer nehmlich unter dem wahren Werth ſtände, ſondern den wahren Werth der Sache zu erſetzen. Eines beſondern Falles erwähnt Paulus

Fr. 22. D. h. t.

„Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem (red)emerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus electionem esse debere actoris, an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: Dispicite Patres Conscripti, nunquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae, pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione ejus rei lucratus est.“ — Die Faſſung der Baſilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 22. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 551.)

iſt hier aber deutlicher:

„Ἐὰν καὶ τὸ τίμημα καὶ τὸ πραθὲν ἔχῃ ὁ νομεὺς, τυχὸν ἀνταγοράσας αὐτὸ, ἐπὶ μὲν κακῇ πίστει νομέως, ἐπιλογὴν ὁ ἐνάγων ἔχει, ἢ τὸ πρᾶγμα, ἢ τὸ τίμημα ἀπαιτῆσαι· ὁ δὲ καλῇ πίστει νομεὺς, ἄδειαν ἔχει καὶ χεῖρον γενόμενον τὸ πρᾶγμα δοῦναι, καὶ ὅπερ ἐκ τῆς τιμῆς ἐκέρδανε·

„Si et pretium et rem distractam possessor habeat, forte quod eandem redemerit: in malae quidem fidei possessore electio est actoris, an rem vel pretium petat. Bonae autem fidei possessor rem ipsam licet deteriorem factam restituere

κἂν γὰρ ἀλλότριον πωλήσῃ, δίδωσι τὸ τίμημα.“

potest, et quod ex pretio lucratus est. Cum enim alienam rem vendiderit, pretium reddit.“

und man ſieht hieraus, daß ſtatt emerit, wie auch der Coder Hal. und die Vulgata enthalten, „redemerit“ geleſen werden muß. Unſere Stelle handelt nehmlich von dem Falle, wenn der Beklagte oder possessor die Sache veräußert, und nachher ſelbſt wieder erkauft hat. Hier tritt nun die Frage ein: Ob der petitor die Sache ſelbſt oder nur den vom possessor erlösten Preis fordern könne? Paulus belehrt uns: man müſſe hier zwiſchen den bonae und malae fidei possessoribus unterſcheiden. Bey Letzteren habe der Kläger die Wahl, ob er die Sache oder den Erſatz des Preiſes verlangen wolle. Die Erſteren aber können auch die Sache, wenn ſie gleich in einem, natürlich ohne ihre Schuld, verſchlechterten Zuſtande ſich befinden, zurückgeben, nur müſſen ſie neben der Sache noch den Unterſchied des Verkaufpreiſes, d. h. ihres Erlöſes, und des Ankaufs-Preiſes erſetzen; wie auch das Scholion der Baſilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 25. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 616.)

ganz richtig bemerkt:

„Τυχὸν ἑκατὸν νομισμάτων ἐπώλησε, καὶ πεντήκοντα ἀντηγόρασεν, ἀποδίδωσι μετὰ τοῦ πράγματος καὶ τὰ πεντήκοντα, ἅπερ ἐκέρδησεν.“

„Fortasse rem aureis C. vendidit, et L. redemit, rem et L. quos lucrifecit, restituet.“

Nun berührt Ulpian

Fr. 23. pr. D. h. t.

„Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor, an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum: finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumsisse, vel donasse. Et verbum quidem pervenisse ambiguum est: solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat? Et puto sequentem clausulam Senatusconsulti, etsi haec sit ambigua, ut ita demum computet, si factus sit locupletior“ — noch eine andere Frage, und auch hier iſt die Faſſung der Baſilicen wieder einfacher und deutlicher

L. XLII. tit. 1. Fr. 22. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 551.)

„Εἰ δὲ λαβὼν τὸ τίμημα ἀπώλεσεν ἢ ἐδαπάνησεν, οὐ δίδωσιν, εἰς ὃ γὰρ ἐγίνετο πλουσιώτερος, ὑπόκειται.“

„Si vero, qui pretium accepit vel perdidit, vel consumsit, non restituit: in id enim, quo locupletior factus est, tenetur.“

Daß die Lesart dieser Stelle etwas verdorben ist, leuchtet wohl von selbst ein, und die der Vulgata scheint mir die richtigere zu seyn, wenn diese, wie übrigens außer ihr noch mehrere hinter das Wort „SCti“ setzen: „sequendam esse, si haec“, statt „etsi.“ Sind aber auch die Worte des Ulpian nicht mehr herzustellen, so ist doch jedenfalls nicht der Sinn derselben verloren. Ulpian sagt nehmlich: Nach der vorliegenden (oben S. 393) abgedruckten Stelle des SCtum, welche sich des Worts „pervenisse“ bediene, sey die vorliegende Frage eine sehr zweifelhafte. Denn es frage sich: ob das Wort „pervenisse“ schon das bezeichne, was der possessor nun einmal erhalten hat, gleichviel, ob er es noch besitze oder nicht? Man müsse hier aber die folgende Stelle des SCti, diejenige Stelle, auf welche ich unten kommen werde, zu Hülfe nehmen, und diese spreche nur von dem Falle der Bereicherung, dem „locupletiorem factum esse“, und hievon wird nun auch weiter unten noch die Rede seyn. Aus dem Grundsatze: daß der bonae fidei possessor alles dasjenige ersetzen müsse, um was er bereichert worden sey, aber zieht Ulpian

Fr. 23. §. 1. D. h. t.

„Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire: licet de pretio solummodo Senatus sit locutus“ — den Schluß, daß, wenn er von dem Käufer einer Erbschaftssache wegen zu spät bezahlten Kaufschillings eine Conventional-Strafe erhalten habe, er auch diese dem petitor ersetzen müsse; daß er ferner nach

Fr. 25. pr. D. h. t.

„Sed et si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum: lucrum, quod sensit lege commissoria, praestaturum“ — auch dasjenige dem petitor erstatten müsse,

was er vermöge der Lex commissoria erhielt. Hatte nehmlich der bonae fidei possessor sub lege commissoria, d. h. nach Pomponius

Fr. 2. D. de lege commiss. (18, 3.)

„Sub lege, si ad diem pecunia soluta non sit, ut res inemta sit“ — eine rem hereditariam verkauft, und hielt der Käufer nicht mit der Zahlung ein, so war nach Scävola

Fr. 5. D. ej. tit.

„Id quod arrhae vel alio nomine datum esset apud venditorem remansurum“ — dem Verkäufer der bereits bezahlte Kaufschilling oder das gegebene Draufgeld verfallen, und diesen Gewinn hatte auch der bonae fidei possessor dem petitor zu ersetzen. Hieher gehört auch Julian's

Fr. 55. D. h. t.

„Evicta hereditate, bonae fidei possessor, quod lege Aquilia exegisset, non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.“ — Ueberhaupt aber spricht Paulus

Fr. 28. D. h. t.

„Post Senatusconsultum enim, omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est“ – als Regel aus, daß auch der bonae fidei possessor wie der praedo allen Gewinn, welchen er bezogen, zu ersetzen habe. Aber Paulus selbst erwähnt einiger Ausnahmen von dieser Regel in dem

Fr. 24. D. h. t.

„At ubi dejectus fuit, non debet restituere poenam, ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec poena restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit.“ — Der Grund aber, warum der possessor dasjenige, was er aus Gelegenheit des interdictum unde vi erhielt, nicht restituiren darf, liegt darin, weil dieses Interdict nach Ulpian

Fr. 1. §. 45. D. de vi (43, 16.)

„Non alii autem, quam ei, qui possidet interdictum unde vi competere etc.“ — nur derjenige, welcher des Besitzes entsetzt worden ist, dieses Interdict anstellen kann, und wenn gleich Paulus in dem

Fr. 40. §. 2. D. h. t.

„Actiones, si quas possessor nactus est, evicta hereditate restituere debet: veluti si interdictum unde vi, aut quod precario concessit“ — von einem restituere dieſes Interdicts an den petitor ſpricht, ſo iſt hier doch Ulpian's

Fr. 20. §. 4. D. h. t.

„Cum praediximus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire: quaeritur, utrum cum sua natura veniant, an contra, utputa est quaedam actio, quae inficiatione crescit: utrum cum suo incremento, an vero in simplum venit? ut legis Aquiliae. Et Julianus lib. VI. digestorum scribit, simplum soluturum“ — nicht außer Augen zu laſſen, denn durch dieſes restituere erhält der petitor nicht das Interdictum unde vi, ſondern bloß die hered. petitio, in welche ſich das Interdict bey ihm verwandelte. Das in die hered. pet. verwandelte Interdict ſtand ihm freilich aber nach Ulpian

Fr. 16. §. 4. D. h. t.

(vgl. oben S. 365), auch ohne alle Reſtitution zu. Nun geht Ulpian

Fr. 25. §. 1. D. h. t.

„Idem si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit: veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet, quam comparata est: hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur“ — noch auf eine weitere Frage, nehmlich auf die über: Was eigentlich der bonae fidei possessor, wenn er von dem Erlös einer Erbſchaftsſache eine andere Sache gekauft, zu erſetzen habe? oder mit andern Worten: in wie weit dann in einem ſolchen Falle der bonae fidei possessor als locupletior factus anzuſehen ſey? und dieſe beantwortet er dahin, daß er in einem ſolchen Falle nicht die Sache, ſondern bloß den Erlös derſelben, und zwar, wenn derſelbe den Werth der von ihm vom Erlös angekauften Sache überſteige, nur den Werth der Sache, inſofern ſolche noch vorhanden, zu erſetzen habe. Kehren wir nun nach dieſer Abſchweifung wieder zu unſerm SCtum zurück.

Fr. 20. §. 6. D. h. t.

„Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.“ — Was in unſerer Stelle die Worte „eos, qui bona invasissent“ bedeuten? erklärt Ulpian

Fr. 25. §. 3. D. h. t.

„Quod autem ait Senatus: eos, qui bona invasissent etc., loquitur de praedonibus: id est, de his, qui cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona: scilicet cum nullam causam haberent possidendi“ — und ich muß hier noch auf die Bemerkungen (oben S. 360—363) verweiſen. Zu den Worten „Si ante litem contestatam fecerint“ bemerkt Ulpian

Fr. 25. §. 7. D. h. t.

hoc ideo adjectum: quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam. Quamquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur: qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur. Hic est enim dolus praeteritus.“ — Dieſe Stelle Ulpian's müſſen wir nun etwas genauer betrachten. Das SCtum ſpricht nur von der Periode der Litis-Conteſtation, aber wahrlich mit Unrecht, denn es ſelbſt ſetzt für das Beginnen der mala fides in der nachfolgenden Stelle einen ganz andern und früheren Zeitpunkt als den der Litis-Conteſtation. Dieſe letztere Stelle lautet nehmlich, wie folgt:

Fr. 9. §. 6. D. h. t.

„Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum sciverit quisque, eam à se peti; id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut literis, vel edicto evocatus esset, censuerunt“ — wozu nun Ulpian folgende Bemerkung macht:

Fr. 20. §. 11. D. h. t.

„Petitam autem hereditatem etc., id est, ex quo quis scit à se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor, id est, cum primum denunciatum esset. Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere, coepit enim malae fidei possessor esse. Sed ponamus denunciatum esse: non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori ejus denunciatum est. Senatus ipsi denunciari exigit: et ideo non nocebit, nisi forte is, cui denunciatum est, eum certioraverit: sed non si certiorare potuit, nec fecit. A quo denunciatum est, Senatus non exigit: quicunque ergo fuit, qui denunciavit, nocebit“ — denn hier drückt es ja das SCtum auf's Bestimmteste aus, daß der possessor von dem Augenblick an, wo er erfahren habe, daß er mit der hered. petit. werde belangt werden, in bösen Glauben versetzt werde. Zwar scheint nachher darüber: ob der böse Glaube sich erst von der Litis-Contestation oder von dem Augenblick an, wo der possessor erfahren hat, daß er mit der hered. petit. werde belangt werden, datire? Streit entstanden zu seyn, und noch in des Imperator Marc Aurel Antonin's

Const. 1. §. 1. C. de pet. hered. (3, 31.)

Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas, omnimodo reddere compellantur“ — wird der Zeitpunkt der Litis-Contestation als der richtige angegeben, allein eine ganz andere Sprache führt der Imperatoren Severus und Antonin (nehmlich des Antoninus Caracalla und seines Bruders Geta)

Const. 2. C. ej. tit.

denn hier stehen die Worte „post motam controversiam“, (auf den Inhalt dieser Constitution werde ich weiter unten bey dem Früchtepunkt zurückkommen), und Ulpian, welcher in einer noch spätern Periode, nehmlich in der des Imperators Alexander Severus lebte, konnte daher wohl in unserm obigen Fr. 25. §. 7. (S. 404) sich so ausdrücken: „quamquam enim litis contestatae mentio fiat in SCto,

tamen et post motam controversiam“ (und dieß sind ja auch die Worte der obigen Const. 2.) „omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur.“ So stand also der Satz: daß sich die mala fides des Besitzers nicht erst von der Litis-Contestation, sondern schon von dem Augenblick an datire, wo der possessor erfuhr, daß er mit der hered. petit. werde belangt werden, fest, und zu dem Siege dieses Satzes hat gewiß die Constitution der Imperatoren Severus und Antonin das Ihrige beygetragen. Hiemit stimmt auch Ulpian's

Fr. 5. pr. D. h. t.

„Divus Pius rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare. Causa autem cognita, et si non talis data sit satisdatio, sed solida cautio, etiam post litem coeptam, deminutionem se concessurum Praetor edixit: ne in totum deminutio impedita, in aliquo etiam utilitates alias impediat, utputa si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia deminutionem permittit, item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur, sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Praetor distrahere“ — überein, denn das von Divus Pius (Antoninus Pius) herrührende Veräußerungsverbot „antequam lis inchoaretur“, also vor der Litis-Contestation fällt ja in die Periode nach dem Hadrianschen Sct. Immer aber unterscheidet auch Ulpian hier zwischen dem praedo und dem zum malae fidei gewordenen bonae fidei possessor. Denn der malae fidei possessor im engern Sinne des Worts (im weitern ist es natürlich auch der praedo) wird nicht rückwärts malae fidei possessor, sondern bloß vorwärts. Der praedo aber ist praedo von Anfang, und wird es nicht erst durch die Nachricht, daß er mit der hered. petit. werde belangt werden, dieß nennt nun Ulpian in dem oben S. 404 abgedruckten Fr. 25. §. 7. den dolus praeteritus, im Gegensatz gegen die nicht rück-, sondern nur vorwärts wirkende mala fides des früheren bonae fidei possessoris, und so ist auch Ulpian's

oben S. 363 abgedrucktes Fr. 25. §. 5. D. h. t. zu verstehen. Denn bey den ursprünglichen bonae fidei possessoribus kann von einer mala fides, welche Ulpian in der letztern Stelle dolus nennt, nur vorwärts, nehmlich von dem Augenblick an, wo sie erfahren haben, daß sie mit der hered. pet. werden belangt werden, also nur von einem dolus futurus, keineswegs aber von einem solchen vor jener Periode von einem praeteritus die Rede seyn. Zu den Worten „perinde condemnandos, quasi possiderent“ des SCti bemerkt Ulpian

Fr. 25. §. 8. D. h. t.

„Merito, nam is, qui dolo fecit, quo minus possideret, ut possessor condemnatur: accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non exstet: locum habebit haec clausula. Unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.“ — Von demjenigen, welcher dolo malo desiit possidere war nun schon oben (S. 366—368) die Rede, aber die Stelle „sive dolo noluerit possessionem admittere“ verdient noch einige Beachtung. Merkwürdig ist, daß diese Stelle in den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 6. u. 7. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 553.)

fehlt, während sie in den Scholien zu dieser Stelle, welche freilich nur eine getreue Abschrift der Ulpianschen Stelle ist

l. s. c. p. 623.

vorkommt. Das dolo non admittere possessionem kann aber nur dann angenommen werden, wenn der gesetzliche Erbe, welcher wohl weiß, daß ein letzter Wille vorliegt, oder der Testaments-Erbe, welcher wohl weiß, daß der Erblasser entweder gar nicht testiren konnte, oder wenigstens auf keine gültige Weise testirt hat, nur deßwegen die Erbschaft nicht in Besitz nimmt, weil er befürchtet, daß er von dem wahren Erben mit der hered. pet. belangt werden könnte. Denn seine Sache war es, gleich den wahren Erben zu benennen, oder, wenn ihm dieser nicht bekannt ist, daß er nicht der wahre Erbe sey, zu entdecken. Nun geht Ulpian

Fr. 25. §. 9. D. h. t.

„Sed utrum is solus qui possidet, fructus praestabit: an etiam is, qui dolo fecit, quo minus possideret? Et dicendum erit, post Senatusconsultum ambo teneri“ — auf eine andere, nehmlich auf die Frage über: Wer dann eigentlich für die Früchte der Erbschaft hafte? und namentlich: ob auch derjenige, welcher dolo malo die Erbschaft gar nicht in Besitz genommen, oder zu besitzen aufgehört habe? und bejaht diese Frage. In dem

Fr. 25. §. 10. D. h. t.

„Haec verba SCti etiam adversus eum, qui non possidet, jusjurandum inducunt: tam enim adversus eum, qui dolo fecit, quo minus possideat: quam adversus possidentem, in litem juratur“ — und dieß ist auch den Grundsätzen von den actionibus arbitrariis ganz gemäß, denn da ein solcher weder die Erbschaft noch die Früchte derselben in Folge des jussus judicis (vgl. I. Band S. 449 ff.) restituiren kann, so wird er in die mittelst eines juramentum in litem nöthigenfalls zu erhebende litis aestimatio verurtheilt. Daß dieß aber auch bey demjenigen, welcher sich der hered. pet. muthwillig, und ohne daß er possessor derselben war, unterwarf, der Fall sey, ersehen wir aus Celsus oben (S. 366) abgedrucktem

Fr. 45. D. h. t

Nun geht Ulpian auf etwas Anderes über:

Fr. 25. §. 11. D. h. t.

„Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt: Quemcunque igitur sumptum fecerint, ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua abuti putant: non praestabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur: quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα (id est, remunerationes) acceperunt: dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis“ — und bemerkt: Bey dem bonae fidei possessor dürfe man den Grundsatz: daß er nur insoweit hafte, als er bereichert sey, nie aus den Augen verlieren. Hier tritt aber die Frage ein: Zu welchem Zeitpunkt muß

der bonae fidei possessor ſich noch bereichert finden? und hierauf erwiedert Paulus:

Fr. 36. §. 4. D. h. t.

„Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor dubitatur. Sed magis est, rei judicatae tempus spectandum esse.“ — Derſelben Anſicht war auch Ulpian in Beziehung auf die, eine andere universitas juris, nehmlich ein peculium betreffende Klage, die actio de peculio, nach

Fr. 30. pr. D. de peculio (15, 1.)

„Quaesitum est, an teneat actio de peculio: etiam si nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei judicatae tempore? Proculus, et Pegasus, nihilominus teneri aiunt, intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum, et in rem actionem placuit, quae sententia et à nobis probanda est.“ — Aus dieſer Stelle des Paulus ergibt ſich aber auch, was ich ſchon oben (S. 406) bemerkt habe, wieder ganz deutlich, daß der pro herede oder der bonae fidei possessor dadurch, daß er in malam fidem verſetzt wird, nur vorwärts, nicht rückwärts, als malae fidei possessor angeſehen wird; bis zu dem Augenblick, wo er in malam fidem verſetzt wurde, bleibt er bonae fidei possessor, und wird auch rückwärts als ſolcher angeſehen. Immer iſt daher ein großer Unterſchied zwiſchen dem praedo und dem malae fidei possessor, wie ich ſchon oben (S. 373) bemerkt habe. Malae fidei possessor im weiteſten Sinne des Worts iſt nehmlich der praedo auch, aber malae fidei possessor im engeren Sinne des Worts wird nur der urſprüngliche bonae fidei possessor, oder der pro herede possessor (vgl. oben S. 359). Praedo aber wird er auch nicht dadurch, wenn er davon, daß er mit der hered. pet. belangt werden könne, Kunde erhalten hat, aber malae fidei possessor im engeren Sinne des Worts wird er von jener Zeit an, während rückwärts er immer noch als bonae fidei possessor behandelt wird. Ueberhaupt aber tritt er ſelbſt als malae fidei possessor nicht in das gleiche Verhältniß wie der praedo, was ich freilich erſt im Verfolg zeigen kann. Kehren wir nun wieder zu unſerm Fr. 25. §. 11. (S. 408) zurück. Hier belehrt uns nehmlich Ulpian, daß der bonae fidei possessor alle Koſten „quem-

cunque sumtum", welche er auf die Sachen verwendet, abziehen, daß er das Verlorne, Verschleuderte, nicht ersetzen dürfe, ja daß er sogar dann nicht als bereichert angesehen werde, wenn er Geschenke gemacht habe; nur wenn er ein Gegengeschenk erhalten, habe er dieses zu ersetzen. Was sodann die Worte: „quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt" betrifft, so wollen diese offenbar nur so viel heißen, wenn er gleich durch das Geschenk dem Schenknehmer eine freilich nicht klagbare Verbindlichkeit auferlegt habe, ihm wieder etwas zu schenken. Das Scholion der Basilicen zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 25. §. 8. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 623.)

macht hiezu die sehr richtige Bemerkung:

„Ἐνοχὴ φυσική ἐστιν, ἐξ ἧς ἀγωγὴ μὲν οὐχ ἁρμόζει, ὁ δὲ καταβαλλόμενον οὐ ῥεπετεύεται."	„Naturalis obligatio est, ex qua actio quidem non competit, solutum autem non repetitur."

— worüber ich aber, da ich hier in das Nähere nicht eingehen kann, auf meine

Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit ꝛc. Stuttg. 1827. §§. 35—49. S. 27—44.

mich beziehen muß. Dieß Alles aber, bemerkt Ulpian, finde nur deßwegen Statt, weil der bonae fidei possessor über die zur Erbschaft gehörigen Sachen, wie über sein Eigenthum, verfügt habe. Wie sieht es nun aber dießfalls um den praedo und den malae fidei possessor aus? Was nun die auf die Erbschaftssachen verwendeten Kosten betrifft, so belehren uns Paulus

Fr. 38. D. h. t

„Plane in caeteris necessariis et utilibus impensis posse separari: ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent: praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum. Non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, et id ipsum officio judicis continebitur. Nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse: ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator

consequuntur: praedor autem non aliter, quam si res melior sit“ — und Gajus

Fr. 39. pr. D. h. t.

„Utiles autem, necessariaeque sunt: veluti quae fiunt reficiendorum aedificiorum gratia: aut in novelleta: aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur, cum id utilius sit, quam ipsos dedi. Denique alias complures ejusdem generis esse impensas, manifestum est. §. 1. Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum, et caeterarum voluptariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio: si modo bonae fidei possessores simus. Nam praedoni probe dicetur, non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere: ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt“ — daß der bonae fidei possessor die auf die Sache verwendeten Kosten jeder Art auch dann abziehen könne, wenn die Sache nimmer vorhanden, d. h. nach dem Kostenaufwand zu Grund gegangen sey; hier ist aber nur von dem bonae fidei possessor, insolange er noch nicht in malam fidem versetzt ist, die Rede, und nur in Beziehung auf die bona fides gilt die Gleichstellung mit dem tutor oder curator, sobald er aber einmal in malam fidem versetzt ist, so theilt er wohl in dieser Beziehung das Schicksal des praedo, d. h. er erhält für den in die Periode der mala fides fallenden Kostenaufwand nur insoweit Ersatz, als die Sache hiedurch wirklich verbessert ist. Die impensas voluptarias aber kann er, wie der praedo, sich dadurch sichern, wenn er das Angeschaffte, insofern es sich nehmlich ohne Nachtheil für die Erbschaftssache von derselben wieder trennen läßt, zurücknimmt. Nun kann ich zwar in Betreff der verlorenen, verschleuderten und verschenkten Sachen durch Stellen den Gegensatz zwischen dem bonae fidei possessor, so lange er solches ist, und dem malae fidei possessor und praedo nicht nachweisen, daß aber Letztere sich etwas der Art nicht erlauben dürfen, und wenn sie es sich doch erlaubt haben, hiefür haften, liegt wohl in der Natur der Sache. Wie ist es aber dann zu halten, wenn die Sache erst, nachdem der bonae fidei possessor in malam fidem versetzt worden (denn früher und so lange er noch bonae fidei possessor

war, hat die Sache nach dem bereits Bemerkten gar keinen Anſtand) ohne Schuld des malae fidei possessor zu Grunde gegangen ſind? Hierüber belehrt uns Paulus

Fr. 40. pr. D. h. t.

„Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas; interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.“ — Vor allen Dingen muß ich hier auch der Faſſung unſerer Stelle in den Baſilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 40. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 559)

„Ἐὰν δοῦλοι ἢ ϑρέμματα μετὰ προκάταρξιν ϕϑαρῶσιν, ὁ μὲν καλῇ πίστει νομεὺς οὐ κατέχεται· ὁ δὲ κακῇ πίστει, δίδωσιν ὅσον ἤμελλεν ὁ ἐνάγων ἔχειν, εἰ παραχρῆμα ἀποκατέστη αὐτῷ· τυχὸν γὰρ ἐπίπρασκε. τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῆς ἀγωγῆς τῆς κινουμένης ἐπὶ τῶν καϑ' ἕκαστα κινητῶν, ἀκινήτων, καὶ αὐτοκινήτων.“

„Si post litem constestatam mancipia aut pecora deperierint, bonae quidem fidei possessor non tenetur. Malae autem fidei possessor id actori praestat, quod habiturus esset, si statim ei restituisset: fortasse enim distraxisset. Idem est et in speciali petitione rerum mobilium, immobilium, et se moventium.“

— und der Scholien hiezu erwähnen:

l. s. c. p. 634.

„Σημειώσαι οὖν τὸ εἰρημένον ἐν τῷ κὲ διγέστῳ (nehmlich Fr. 25. §. 7. D. h. t. vgl. oben S. 404), ἔνϑα ϕησὶ μετὰ μόταν κοντροβερσίαν πάντες οἱ νομεῖς ἴσοι εἰσὶν. ἴσους γὰρ αὐτοὺς νόησον, ἐϕ οἷς κατὰ δόλον

„Nota ergo id, quod dicitur Dig. 20. (Fr. 25. §. 7. D. h. t. oben S. 404) post motam controversiam omnes possessores pares esse, accipiendum esse in his, quae dolo aut culpa desie-

ἢ ῥαθυμίαν ἐπαύσαντο τὸ νέμεσθαι, ἢ οὐκ ἐκτήσαντο· περὶ δόλου γὰρ καὶ ῥαθυμίας ἐκεῖσέ φησιν, οὐκέτι δὲ περὶ τῆς κατὰ τελευτῆς, ἢ ἄλλως συμβαινούσης οὐκ ἐκ ῥαθυμίας μέντοι αὐτῶν φθορᾶς· πολλὴ γὰρ, ὡς ἔγνως, ἐνταῦθα διαφορὰ μάλα φίδε καὶ βόνα φίδε νομέως."

runt possidere, aut non adquisierunt: de dolo enim et culpa ibi loquitur, non autem de morte, aut quo alio, qui citra culpam contigerit, interitu: tunc enim longa inter malae fidei et bonae fidei possessores differentia est."

Ganz daſſelbe bemerken auch die Scholien bey dem Fr. 25. §. 7. unſers Titels

l. c. p. 622.

auf welch letztere Stelle ſich auch die vorliegende beruft. Ehe ich aber zur Erklärung dieſes Fragments übergehe, muß ich bemerken, daß urſprünglich ſowohl bey der hered. petitio, als bei der rei vindicatio die Litis-Conteſtation den bonae fidei possessor in malam fidem verſetzte, und daß es erſt das Hadrianſche Sclt war, welches in dieſem Punkte einen Unterſchied zwiſchen der hered. pet. und der rei vindicatio dadurch einführte, daß es, wie oben S. 404 ſchon bemerkt wurde, den bonae fidei possessor ſchon dadurch, wenn er nur wußte und von der Zeit an, zu welcher er wußte, daß gegen ihn die hered. pet. angeſtellt werden würde, in malam fidem verſetzen ließ. Nun führt Paulus eine Stelle des gedachten Sclts an, und bemerkt, daſſelbe verordne: „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas." Hieraus würde, wie Paulus richtig bemerkt, folgen, daß jeder possessor bey der hereditatis petitio den nach dem Zeitpunkt, wo er in böſen Glauben verſetzt wurde, eingetretenen Zufall zu leiden habe. Dieß und ein ſolches allgemeines Haften aller possessorum wollte aber dem Paulus nicht ganz gefallen, und er ſahe ſich, um ein anderes Ergebniß herbeyführen zu können, nach der früheren Doctrin um. Zwey Anſichten von ganz verſchiedener Art boten ſich ihm dar, nehmlich einmal die des Sempronius Proculus, dann des Gajus Caſſius Longinus, welche Beyde ſchon zu Tibers Zeiten, alſo lange vor Hadrian, dem Urheber unſers Selts, lebten. Der Erſtere hatte nun in Beziehung auf die

rei vindicatio kein Bedenken, nach der Litis-Contestation alle possessores für den Zufall haften zu lassen. Ob er sich aber auch auf die hered. petio eingelassen, und was dießfalls — in universalibus petitionibus — seine Ansicht gewesen? ist nicht gesagt, denn wir kennen nur seine auf die speciales petitiones, d. h. die rei vindicatio und actio Publiciana beschränkte Ansicht. Cassius dagegen wollte alle possessores von dem Haften für den Zufall frey sprechen. Beyde Ansichten enthielten nun Extreme, deren keinem Paulus beypflichten wollte. Er gieng daher in Beziehung auf die hered. pet. seinen eigenen und zwar einen Mittelweg. In praedonis persona trat er dem Proculus, in bonae fidei possessoribus dem Cassius bey. Unter dem Ausdruck „bonae fidei possessor“ im Gegensatz gegen den „praedo“ aber hat Paulus den zum malae fidei gewordenen ursprünglichen possessor bonae fidei verstanden. Den Ausdruck „malae fidei possessor“ konnte er nicht wählen, weil solcher generisch ist, auch den praedo unter sich begreift, und somit nur einen Doppelsinn erregt haben würde, wie dann auch in den Basilicen der Gegensatz des malae fidei — statt praedonis — gegen den bonae fidei possessor sehr zweydeutig ist. Er wollte aber zwischen dem ursprünglichen malae fidei possessor — dem praedo — und dem erst nachher hiezu gewordenen, dem ursprünglichen bonae fidei possessor unterscheiden, und um diesen Unterschied und diesen Gegensatz richtig zu bezeichnen, konnte er sich nur der Ausdrücke „praedo“ und „bonae fidei possessor“ bedienen. Die ursprünglichen malae fidei possessores waren es also, in Beziehung auf welche Paulus der Ansicht des Proculus, die ursprünglichen bonae fidei possessores, in Beziehung auf welche er der Ansicht des Cassius beytrat, und als Grund hiefür führt er an, weil ja den Letzteren unmöglich zugemuthet werden könne, sich den Ansprüchen des Klägers auf seine bloße Behauptung hin so unbedingt zu fügen, welcher Grund dann auch weiter noch dafür spricht, daß Paulus, insofern er der Ansicht des Cassius beytrat, nur die ursprünglichen bonae fidei possessores im Auge hatte, weil dieser Grund auf

die

die ursprünglichen malae fidei possessores gar nicht paßt. So hätten wir nun für die hered. pet. endlich einen festen Standpunkt gewonnen, und der Satz: daß der ursprüngliche bonae fidei possessor selbst dann, wenn er in einen malae fidei possessor sich umwandelte, dennoch für den Zufall nicht zu haften habe, erscheint auf dem Gebiete der hered. pet. als ein ganz richtiger Satz. Ob aber auch auf dem der rei vindicatio? ist eine andere Frage: nach unserer Stelle, und namentlich nach der Fassung der Basilicen sollte man glauben, daß auch diese Frage zu bejahen seyn dürfte. Allein man darf hier nicht übersehen, daß Ulpian in dem

Fr. 15. §. 1. D. de rei vind. (6, 1.)

von einem ganz andern Gesichtspunkt ausgeht:

„Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris: pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.“ — Die Basilicen geben diese Stelle auf folgende Weise:

L. XV. tit. 1. Fr. 15. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 199.)

„Ἐὰν τὸ ἐκνικώμενον ἀποθάνῃ χωρὶς ἀμελείας τοῦ νομέως, οὐ δίδωσι τὸ τίμημα, εἰ μὴ ὑπέρθεσιν ἐποίησε, καὶ πρόσιμον ἦν.“

„Si quod petitum est, demortuum sit sine culpa possessoris. pretium non praestat, nisi moram fecerit, et distrahi non potuisset.“

Bey der Bemerkung, daß die Mehrheit der Rechtsgelehrten den Satz aufstelle, daß die possessores überhaupt den Zufall nicht zu tragen haben, hatte Ulpian offenbar die Ansicht des Cassius, welche den Vorzug vor der Proculejanischen erhalten hatte, im Auge, und die „plerique aiunt“ sind wohl ohne Zweifel die Cassianer. Aber auch Ulpian hatte, wie Paulus, Bedenken, der Ansicht des Cassius so unbedingt beyzutreten, denjenigen Mittelweg, welchen Paulus zwischen der Ansicht des Cassius und Proculus eingeschlagen hatte, und welcher auf einem subjectiven Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Besitzer beruht, wählte er jedoch nicht. Ob ihm die Ansicht des Paulus bekannt war oder nicht?

(Paulus war übrigens sein Zeitgenosse), ist uns unbekannt. Der Standpunkt, von dem er ausgieng, und der Anhaltspunkt für den von ihm aufgestellten Unterschied ist kein sub-, sondern ein objektiver. Er unterschied nehmlich so, daß die possessores für den Zufall nur in dem Falle zu haften hätten, wenn derselbe Zufall sich nicht auch bey dem petitor ereignet haben würde, woraus also von selbst folgt, daß sie im entgegengesetzten Falle nicht haften. Daß er den Veräußerungsfall nur als Beyspiel anführte, ergibt sich aus dem Wort „forte.“ Dieses Beyspiel aber muß man nun generalisiren, und dann ergibt sich der von mir angegebene höhere und allgemeine Satz von selbst. Unbillig aber wäre es, wenn auch die bonae fidei possessores, insolange sie es sind, den Zufall zu tragen haben sollten, dieß fühlte selbst Ulpian. Daher milderte er auch ihr Schicksal durch die Worte „moram passo“, durch welche er dann neben dem objektiven Haupt- noch einen subjectiven Neben-Unterschied einführte, denn moram passus ist der petitor gegenüber von dem ursprünglichen malae fidei possessor dem praedo immer, gegenüber von dem bonae fidei possessor bey der rei vindicatio nur nach der Litis-Contestation. Bis zum Zeitpunkt der Litis-Contestation gehört er also auch nicht zu den possessores, welche Ulpian für den Zufall haften läßt, aber nach derselben ist er ja malae fidei possessor. — Meiner Ansicht nach gilt nun Paulus Ansicht auf dem Gebiete der hered. petit., Ulpians auf dem der rei vindicatio, und ich kann es nur bedauern, daß den Redactoren der Digesten entgangen ist, daß sie zwey ganz verschiedene Ansichten von einer und eben derselben Controverse in zwey verschiedene Titel aufgenommen haben. Den Versuch aber, Paulus Ansicht in Ulpian's, oder Ulpian's in Paulus Ansicht hinein zu interpretiren, gebe man ja auf, denn es ist unmöglich, beyde mit einander zu vereinigen, da beyde von zwey ganz verschiedenen Gesichts- und Standpunkten, nehmlich Paulus von einem rein subjectiven, Ulpian von einem ob- und subjectiven ausgieng. Auch kann wohl des Paulus

Fr. 16. pr. D. de rei vind. (6, 1.)

„Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, et partus, et stipulationem

de evictione. Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet" — keineswegs dafür, daß Paulus der Ansicht des Ulpian beygetreten sey, angeführt werden, denn das utique des Paulus, welches die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 16. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 199.)

ganz richtig mit „πάντως" d. h. „in allen Fällen" übersetzen, paßt ja gleich gut auf die Ansicht des Paulus und Ulpian's. Dieß ist meine Ueberzeugung. — Wie aber, wenn die Sache durch die Schuld des possessoris verdorben oder zu Grunde gegangen ist? Hierüber ist zu vergleichen Julian

Fr. 54. §. 2. D. h. t.

„Cum praedia urbana et rustica, negligentia possessorum, pejora sunt facta, veluti, quia vineae, pomaria, horti extra consuetudinem patrisfamilias defuncti culti sunt: litis aestimationem earum rerum, quanto pejores sint factae, possessores pati debent." — Daß aber dieß nur den praedo und den zum malae fidei gewordenen possessor bonae fidei treffe, bemerkt richtig das Scholion der Basiliken zu dieser Stelle

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 643.

„Ταυτὸ δ' ἂν εἴη μετὰ μόταν κοντροβερσίαν, καὶ περὶ τοῦ βόνα φίδε νομέως ἐναγομένου τῇ νερεδιτάτις πετιτίονι· καταδικάζεται γὰρ καὶ ὑπὲρ ὧν τὰ οἰκήματά τε καὶ οἱ ἀγροὶ κατὰ ῥαθυμίαν αὐτοῦ γεγένηνται χείρονα. ἐπειδὴ αἱ ἄμπελοι καὶ αἱ ὀπῶραι ἤτοι τὰ πωμάρια, καὶ οἱ κῆποι, παρὰ τὴν συνήθειαν, ἣν εἶχεν ὁ τελευτήσας, γεωργήθησαν."

„Idem erit et in bonae fidei possessore, qui post motam controversiam convenitur: condemnatur enim, si aedificia et fundi negligentia ejus deteriora facta sint, quia vineae et pomaria, et horti contra consuetudinem defuncti culta sunt."

Denn auch hier tritt ja der Grundsatz ein, daß den bonae fidei possessor deßwegen kein Vorwurf treffen könne, weil er nur seine eigenen Sachen vernachlässigt habe. Sodann Paulus

Fr. 36. §. 2. D. h. t.

„Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitionem veniet. Sed Pomponius ait, acto-

rem debere eligere: utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia: an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione à judice. Quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est: nec veniet in hereditatis petitionem" — und

Fr. 14 D. h. t

„Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit." — und

Sent. Rec. L. I. tit XIII.b. §. 1.

„In petitione hereditatis ea veniunt, quae defunctus mortis tempore reliquit, vel ea, quae post mortem ante aditam hereditatem ex ea adquisita sunt." — Hier unterscheidet nun Paulus zwischen den Perioden vor oder nach der Erbschaftsantretung; die Worte, „ante aditam hereditatem" können sich aber nur auf den possessor beziehen, wie wir aus Ulpian's

Fr. 20. §. 3. D. h. t.

„Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non: quia personae possessoris accedunt. Ist der Schaden durch Schuld des possessoris noch, ehe er die Erbschaft angetreten hatte, gestiftet worden, so hat der petitor die Wahl: den possessor entweder mittelst der actio Legis Aquiliae, und zwar auf den nach den Grundsätzen von derselben zu bemessenden Schadensersatz, oder mittelst der hered. pet. zu belangen. Nur muß er, da ihm, wenn er die letztere anzustellen gedenkt, jedenfalls das Mehr, was ihm die actio Legis Aquiliae bietet, entgeht, in nach Ulpian's oben S. 403 abgedruckten

Fr. 20. §. 4. D. h. t.

dafür Sicherheit leisten, daß er den Mehrbetrag nicht noch besonders mit der actio Legis Aquiliae fordern wolle. Hat aber der possessor die Erbschaft bereits angetreten, so kann der petitor wegen der widerrechtlichen Beschädigung bloß die actionem Legis Aquiliae anstellen. Ein sehr gutes Scholion über das obige Fragment des Paulus findet sich den Basiliken zu

L. XLII. tit. 1. Fr. 36. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 631.)

„Ἐπειδὴ γὰρ δύο περὶ τοῦ αὐτοῦ πράγματος συντρέχουσιν ἀγωγαί, χρὴ τὴν κυρίαν δοθῆναι. οὐχ οὕτως δὲ ἐπὶ τῆς κομμοδάτου ἔνθα δύο συντρέχουσιν ἀγωγαί· οἷον ἡ κομμοδάτι, καὶ ὁ Ἀκουίλιος. τυχὸν γὰρ ὁ χρησάμενος ἔβλαψε τὸ χρησθὲν καὶ δύναται ὁ τοῦ πράγματος κύριος, κἂν ἐκίνησε τὴν κομμοδάτι, κινεῖν οὐδὲν ἧττον τὸν Ἀκουίλιον ἐπὶ τῷ περιττῷ. ἐπειδὴ ἡ κομμοδάτη τὰ κατὰ Φύσιν αὐτῇ παρεπόμενα ἀπῄτησεν. ἡ δὲ νεραδιτάτις πετιτίων ἀντὶ κυτοῦ τοῦ Ἀκουιλίου κινηθεῖσα. τὸ ἁπλοῦν ἀπῄτησε, καὶ οὐ φυλάττεται ἀκέραιος οὕτως ὁ Ἀκουίλιος ἐπὶ τῇ ἐξ ἀρνήσεως διπλώσει· ἐπειδὴ δὲ κατὰ Φύσιν τῆς νεραδιτάτις πετιτίονος ἦτοι τὸ ἁπλοῦν ἐκ τοῦ Ἀκουιλίου διὰ τῆς αὐτῆς νεραδιτάτις πετιτίονος ἀπῄτησεν ὁ πετίτωρ, ὀφείλει ἀρκεῖσθαι. καὶ μάλιστα ἐπιλογῆς οὔσης παρ' αὐτῷ εἴγε βούλεται, μήτε τὸ ἁπλοῦν εἰς τὴν νεραδιτάτις πετιτίονα κατενεχρῆναι, φυλαχθῆναι δὲ αὐτῷ τὸν Ἀκουίλιον ἐν ἀκεραίῳ."

„Quoniam enim duae de eadem re concurrunt actiones, haec cautio praestanda est: aliter quam si conveniatur actione commodati, et duae concurrant actiones, puta commodati et legis Aquiliae: forte enim res commodata deterior facta est: nam rei dominus, licet commodati egerit, potest nihilominus Aquilia agere, ut id quod amplius in ea est, consequatur, quia commodati actione, quae secundum naturam eam subsequuntur, petiit: petitione autem hereditatis in locum legis Aquiliae actionis instituta simplum petiit, et integra non servatur actio legis Aquiliae ad dupli persecutionem. Quoniam autem secundum naturam petitionis hereditatis, id est, simplum ex lege Aquilia per petitionem hereditatis petitor petiit, nihil est, cur aliud desideret, maxime cum eligere potuerit, utrum petitione hereditatis experiretur, qua simplum consequeretur, an mallet integram sibi esse actionem legis Aquiliae, qua duplum persequeretur."— Was aber hier von der Lex Aquilia gesagt ist, kann sich nur auf den praedo und den zum malae fidei gewordenen possessor bonae fidei beziehen, denn der letztere hat ja nur seine eigene Sache beschädigt. Dieß scheinen mir auch Julian und Paulus in den oben S. 417 u. 418 abgedruckten Stellen durch das Wort possessor

auszudrücken, womit sie wohl nur einen qui pro possessore besaß, im Gegensatz gegen denjenigen, welcher pro herede besaß (vgl. oben S. 359 ff.) bezeichnen wollten. Kehren wir nun wieder zu dem bonae fidei possessor zurück. Eines ganz besondern Falles erwähnt Ulpian

Fr. 25. §. 12. D. h. t.

„Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis: Marcellus libro quinto Digestorum putat, nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attingit.“ — Diese Stelle bildet offenbar den Gegensatz zu Ulpian's oben S. 392 abgedrucktem

Fr. 20. §. 14. D. h. t.

Denn wie dort der possessor, wenn er die Erbschafsgelder unangetastet ließ, keinen Nachtheil hievon haben sollte, so sollte er auch, selbst wenn er im Hinblick auf die Vermehrung seines Vermögens durch die Erbschaft auf einen größern Fuß gelebt, diese selbst aber nicht angetastet hatte, keinen Vortheil hievon haben, und dieß selbst dann, wenn er für die Anleihen Erbschaftssachen verpfändet hat, nach

Fr. 25. §. 14. D. h. t.

„Si tamen pignori res hereditarias dedit: videndum, an vel sic attingatur hereditas? quod est difficile, cum ipse sit obligatus.“ — Denn daß dieß der Sinn der etwas zweydeutigen Stelle Ulpian's sey, ersehen wir aus den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 25. §. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 553.)

welche diese Stelle also geben:

„Οὐδὲν ἐξ αὐτῆς (sc. κληρονομίας) παρακρατεῖ κἂν ἠνεχυριάσε κληρονομαῖα πράγματα.“	„Nihil ex ea retinet, licet pignori res hereditarias dederit.“

— und das Scholion

l. s. c. p. 624.

macht hiezu die erläuternde Bemerkung: „Ἐπειδὴ μὴ ὢν δεσπότης ὑπέθετο.“ — „Quia cum non esset dominus, rem oppigneravit.“ — In Verbindung hiemit steht Ulpian's

Fr. 25. §. 15. D. h. t.

„Adeo autem, qui locupletior factus non est, non tenetur: ut si quis putans se ex asse heredem partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit. Marcellus libro quarto Digestorum tractat, num non teneatur, quasi

id, quod erogaverit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, sed ad cohaeredes: nam et si is, qui haeres non erat, totum, quicquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non tenetur, quasi locupletior non factus. Sed in proposita quaestione, tribus visionibus relatis, una prima, deinde alia, posse dici totum, quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumpserit: tertia utrique, quod consumptum est, decedere: ait utique nonnihil restituendum. De illo dubitat, utrum totum, an partem restituendam dicat. Puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partem ejus dimidiam" — und hier mag nun gleich die erläuternde Bemerkung der Basiliken

L. XLII. tit. 1. Fr. 25. §. 10. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 553.)

eine Stelle finden:

„Ἐάν τις εἰς ἥμισυ κληρονόμος ὢν, καὶ νομίσας εἰς ὁλόκληρον εἶναι, δαπανήσῃ ἀδόλως τὸ ἥμισυ, τοῦ περιλειφθέντος τὸ ἥμισυ δίδωσι τοῖς συγκληρονόμοις αὐτοῦ."

„Si quis ex semisse heres putans se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumserit, residui partem dimidiam coheredibus suis restituit."

Der Fall, von welchem Ulpian hier handelt; ist nehmlich der. Ein possessor hereditatis bonae fidei hielt sich für den einzigen Erben, und verzehrte die Erbschaft zur Hälfte. Später trat noch ein Anderer auf, welcher sein Miterbe zur Hälfte zu seyn behauptete, und diese Erbschaft zur Hälfte mittelst der hered. petit. ansprach. Hier lassen sich nun offenbar dreyerley Ansichten denken, denn daß „visio" hier nichts anders als das griechische „θεωρία", von welch beyden das deutsche Wort „Ansicht" eine wörtliche Uebersetzung ist, bedeute, hat — für mich wenigstens — keinen Zweifel. Geht man nehmlich einmal von der Ansicht aus, daß der bonae fidei possessor nur dasjenige zu ersetzen habe, um was er sich bereichert gefunden, so läßt sich behaupten, daß er, da er die Hälfte der Erbschaft bereits verzehrt, und nur noch die Hälfte besitze, ja gerade nur noch den ihn betreffenden Antheil der Erbschaft besitze, und nach dieser Ansicht wäre der Miterbe mit der von ihm angestellten Klage abzuweisen. Auf der an-

dern Seite ließe sich behaupten, daß der bonae fidei possessor ja nur die ihm gebührende Hälfte verzehrt habe, und die noch vorhandene somit seinem Miterben gebühre, und nach dieser Ansicht hätte er seinem Miterben die noch vorhandene Hälfte auszufolgen. Nach einer dritten in der Mitte zwischen beyden innestehenden, und somit diese beyden äußersten vermittelnden Ansichten aber hätten sich beyde in die noch vorhandene Hälfte zu theilen, und diese letztere vermittelnde Ansicht erhielt nun auch den Beyfall Ulpian's. Nun geht aber Ulpian

Fr. 25. §. 16. D. h. t.

auf einen andern Fall über: „Quod autem quis ex hereditate erogavit, utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii ejus: utputa penum hereditarium ebibit: utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid et patrimonio ejus: ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione heredtatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in statutis vero suis sumptibus videatur factus locupletior: utique enim, et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Nam et Divus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit ea, quae alienata erant, non minuendi fideicommissi, nec pretium in corpus patrimonii Pythodori rediisse. Et ex proprio Pythodori patrimonio, et ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur statuti sumptus utrum ex hereditate decedent exemplo rescripti Divi Marci, an ex solo patrimonio videndum erit. Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae et si non heres fuisset, erogasset.“ — und auch hier will ich gleich die betreffende Stelle der Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 25. §. 11. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 553 u. 554.)

geben:

„Ὁ καλῇ πίστει νομεὺς, ἐὰν ἐκ τῆς κληρονομίας δαπάνας εἰς ἑαυτὸν ποιήσῃ, δοκεῖ γίνεσθαι πλουσιώτερος, εἰς ὅσον ἤμελλε κατὰ συνήθειαν οἴκοθεν δαπα-

„Bonae fidei possessor si ex hereditate sumptus in se ipsum fecerit, in id factus locupletior videtur, quod solebat ipse de suo impen-

νῶν· καὶ δίδωσι τοσοῦτον. καὶ ἔνθα γάρ τις ἀξιοῖ τὸν κληρονόμου αὐτοῦ ἀποκαταστῆναι τινὶ τὰ περιττεύοντα αὐτῷ ἐκ τῆς κληρονομίας, καταλογίζεται τῇ ἰδικῇ αὐτοῦ οὐσίᾳ. καὶ τῇ κληρονομίᾳ, ὅσα δαπανήσει μὴ ἐπὶ βλάβῃ τῆς ἀποκαταστάσεως, μήτε ὧν τὰς τιμὰς εἰς τὴν ἰδίαν οὐσίαν ἔτρεψεν."

dere, et tantumdem restituit: nam et cum quis heredem suum rogat, ut quod sibi superfuerit ex hereditate, alicui restituat, imputantur patrimonio ejus et hereditati, quaecumque expenderit non in fraudem fideicommissi, et quorum pretium in suum patrimoniu n non vertit."

Was nun vorerſt das Wort „penus", welches in unſerer Stelle vorkommt, bedeute? ſagt Ulpian

Fr. 3. pr. D de penu leg. (33. 9)

„quae esui potuique sunt." Hier handelt nun Ulpian von dem Falle, wenn der bonae fidei possessor, welcher ſich für den alleinigen Erben hielt, während er es nur zur Hälfte war, etwas von der Erbſchaft aufgewendet hatte, und entſcheidet ihn dahin, man müſſe unterſcheiden: ob der bonae fidei possessor nach dem Erbſchaftsantritt mehr Aufwand gemacht habe als früher, oder ob er nur denjenigen Aufwand gemacht habe, welchen er früher ſchon zu machen gewohnt geweſen ſey. Denjenigen Aufwand nun, welchen er früher ſchon zu machen gewohnt geweſen, müſſe er ſich ſelbſt — ſeinem eigenen Vermögen — aufrechnen, weil er in Beziehung auf dieſen, als durch die Erbſchaft bereichert erſcheine, denjenigen Mehraufwand aber, welchen er bloß im Hinblick auf die Erbſchaft gemacht habe, dürfe er ſich nicht aufrechnen laſſen. Anders, ſagt freilich Ulpian, verhalte ſich die Sache bey dem ſogenannten fideicommissum superfuturi, denn hier werde auch der gewöhnliche Aufwand zwiſchen dem Fiduciar und Fideicommiſſar nach einer Verordnung des Imperator Marcus getheilt. — Sehr gut drückt ſich auch hierüber das Scholion zu der o. a. Stelle der Baſilicen aus:

l. s. c Ed. *Fabr.* Tom. V. p 614.

„Μὴ θαυμάσῃς εἰ τὰ ἱνστάντια, ἤτοι τὰ ἐξ ἔθοις δαπανηθέντα, μόνῃ τῇ ἑαυτοῦ καταλογίζεται περιουσίᾳ ὁ βόνα Φίδε

„Ne mireris, quod bonae fidei possessor statutos sumtus, sive quae ex consuetudine impendit, soli patrimo-

ποσσέσσωρ, τῆς διατάξεως ἄντικρυς ἐπὶ τῷ Πυθιωδώρου θέματι εἰπούσης, τὰ ἱνστάντια δαπανήματα μὴ μόνον τῷ Πυθιωθώρῳ λογίζεσθαι, ἀλλὰ καὶ τῇ μελλούσῃ παρ' αὐτοῦ ἀποκαθίστασθαι κληρονομίᾳ. καὶ γὰρ εἰδότι, ὅτι ἀπὸ τῆς κληρονομίας δαπανᾷ μελλούσης ἑτέρῳ ἀποκαθίστασθαι, κατὰ τὴν τοῦ τελευτήσαντος βούλησιν, εἰκότως εἶπεν κατὰ ἀναλογίαν ἀμφοτέροις λογίζεσθαι τὰ ἱνστάντια δαπανήματα. ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος θέματος, οὔτε ἦν δεσπότης ὁ ποσσέσσωρ ἀμφοτέρων. τεθεμάτισται μὲν γὰρ ἀλλότρια οὖτα ἡ κληρονομία, οὔτε ἤδει αὐτὴν διαφέρειν ἑτέρῳ."

nio suo imputet, cum constitutio in causa Pythiodori manifeste dicat statutos sumtus non solum Pythiodoro imputari, sed et hereditati restituendae: etenim cum non ignoraret, se ex hereditate impendere, quam ex defuncti judicio alteri restitui oportet, merito dixit pro portione statutos sumtus utrisque imputari: in hac autem specie neque possessor utrorumque dominus erat: hereditas enim aliena esse fingitur, neque possessor alienam esse sciebat.

Eines andern Falles erwähnt Ulpian

Fr. 25. §. 17. D. h. t.

„Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit: et si vindicet, an exceptione non repellatur: (quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem, et eum, qui venumdedit: quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum) quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit it' defendere hereditatem. Ut perinde, atque si possideret, conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emtorum. Certe si minori pretio res venierint, et pretium quodcunque illud actor sit consecutus: multo magis poterit dici exceptione eum summoveri. Nam et si id, quod à debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis solvit, liberari debitores Julianus libro quarto Digestorum scribit: sive bonae fidei possessor sive praedo fuit, qui debitum ab his exegerat: et ipso jure eos

liberari.“ — Die Frage ist nehmlich die: Ob der petitor hered. gegen diejenigen Käufer der Erbschaftssachen, durch deren Erlös der bonae fidei possessor als Verkäufer sich nicht bereichert findet, die rei vindicatio anstellen könne? und insbesondere, ob ihm dießfalls nicht die exceptio: „ne hereditati praejudicium fiat inter actorem et eum qui venumdedit“ von den Käufern entgegengesetzt werden könne? Hierauf erwiedert nun Ulpian, daß die rei vindicatio gegen die Käufer in dem Falle, wenn Letztere gegen den verkaufenden bonae fidei possessor ihren Rückgriff nehmen können, gar nicht Statt finden könne, der Grund aber, warum die rei vindicatio im vorliegenden Falle nicht Statt findet, liegt darin, weil der bonae fidei possessor nur dasjenige ersetzen darf, um was er bereichert worden ist. Ist er nun aber durch die fraglichen Kaufschillinge, welche er nicht in seinen Nutzen verwendet, sondern bloß verbraucht hat, nicht als bereichert anzusehen, so darf er sie auch dem petitor nicht ersetzen. Hätte nun aber der petitor das Recht, die Käufer mittelst der rei vindicatio zu belangen, so würden ja die Käufer den bonae fidei possessor auf Gewährleistung belangen, und so würde nun der possessor des Grundsatzes unerachtet, daß er nur Dasjenige zu ersetzen habe, um was er bereichert worden ist, wenn gleich indirect, nehmlich den Käufern etwas zu ersetzen haben, um was er nicht bereichert worden ist. In diesem Falle steht nun auch dem petitor die rei vindicatio gegen die einzelnen Käufer gar nicht zu, sondern nur dann kann er sich derselben bedienen, wenn diese ihren Rückgriff gegen den Kläger nicht nehmen können. Wenn aber, um auf die zweite Stelle unsers Fragments überzugehen, der Verkäufer bereit ist, sich der hered. pet. gleich, als ob er die verkauften Erbschaftsstücke noch besäße, zu unterziehen, und somit der hered. pet. freiwillig Statt gibt, der petitor dann aber noch die einzelnen Käufer mittelst der rei vindicatio belangen wollte, dann steht den Käufern die exceptio: „ne hereditati praejudicium fiat inter actorem et eum, qui venumdedit“ zu, denn ohne diese könnte ja der bonae fidei possessor in die fatale Lage gerathen, für dieselben Sachen zweymal, nehmlich einmal dem petitor und dann dem Käufer, auf dem Wege der

Gewährleistung Ersatz leisten zu müssen. Natürlich aber findet dieß auch dann Statt, wenn die Sache um einen niedern Preis, d. h. unter dem Werth verkauft worden ist, und der petitor den Kaufpreis erhalten hat, und das „multo magis“ des Ulpian bezieht sich darauf, weil der petitor, wenn der Beklagte der hered. pet. freiwillig Statt gegeben, doch etwas, im entgegengesetzten Fall aber gar nichts erhält. Was sodann die Schlußstelle unsers Fragments von „Nam — liberari“ betrifft, so ist hiemit auch Ulpian's

Fr. 31. §. 5 D. h. t.

„Quod autem possessori solutum est, an restituere debeat, videamus. Et si bonae fidei possessor fuit, sive non, debere restituere placet: et quidem, si restituerit, ut Cassius scribit, et Julianus libro sexto liberari ipso jure debitores“ — und Paulus

Fr. 61. D. de solut. (46, 3.)

„In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio“ — zu vergleichen. Von dem entgegengesetzten Fall aber, wenn nehmlich der possessor hereditatis die Erbschaftsgläubiger befriedigt hat, handelt Ulpian

Fr. 31. pr. et §§. 1—4. D. h. t.

„Si possessor solvit creditoribus, reputabit: quamquam ipso jure non liberaverit petitorem hereditatis. Nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Julianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitorem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit: quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus: nisi forte habeat condictionem: et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Julianus de solo praedone, ut caveat, sensisse: non etiam de bonae fidei possessore. Condictionem tamen praestare debebit. Sed et petitor, si à creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit. §. 1. Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit: maxime si id fuit de-

bitum, quod natura debebatur. Quid tamen, si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum propter poenam, vel aliam causam? Potest dici, ipsum sibi vel solvisse, vel debuisse solvere. §. 2. Justus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur. §. 3. Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit: ita si facere debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem. Postea vero et ipse praedo est. §. 4. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari, et pauperiores fieri, et non eos convenit, cum actionem non habuerit." — Zu den Worten des Prooemiums: „Si quid — liberat" ſind zu vergleichen: Pomponius

Fr. 19. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit. Veluti si is, qui heredem se, vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit. Hic enim neque verus heres liberatus erit: et is, quod dedit, repetere poterit. Quamvis enim debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit." — Ulpian

Fr. 28. D. de Mand. (17, 1.)

„Papinianus lib. 3. Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare, propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine. Ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere." — African

Fr. 38. §. 2. D. de solut. (46, 3.)

„Et magis simile esse, quod, cum possessor hereditatis, existimans se heredem esse, solverit, heres non liberetur: tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando, repetitionem ejus haberet." — Nach dem vorliegenden Grundſatz: daß wer für ſich ſelbſt, d. h. in eigenem Namen und nicht im Namen des Schuldners die Schuld eines Andern bezahlt, den Schuldner nicht befreie, indem ja dem Zahlenden gegen den Schuldner die condictio indebiti zuſteht, konnte der poss.

hered. die für den petitor als Erben bezahlten Schulden nicht abziehen, weil ja der petitor und Erbe den Gläubigern immer noch haftete, und somit ja selbst noch in den Fall kommen konnte, die Gläubiger zu befriedigen. Doch sollte im vorliegenden Falle eine strenge Anwendung dieses Grundsatzes nicht, wohl aber auch hier ein Unterschied zwischen dem praedo und bonae fidei possessor Statt finden. Der praedo nehmlich durfte zwar das den Erbschaftsgläubigern Bezahlte abziehen, er mußte aber dem petitor und Erben dafür Sicherheit leisten, daß er ihn, wenn er etwa von den Gläubigern belangt werden sollte, vertreten wolle. Anders war es jedoch bey dem bonae fidei possessor. Denn hier genügte es, wenn er dem petitor die ihm zustehende condictio indebiti abtrat, weil er ja als durch das an die Erbschaftsgläubiger Bezahlte nicht für bereichert angesehen werden konnte. Weil er aber doch insoferne für bereichert anzusehen war, als ihm die condictio indebiti gegen die bezahlten Gläubiger zustand, so mußte er diese, als wodurch er allein bereichert erschien, dem petitor abtreten. — Alles dieß scheint jedoch dadurch überflüssig geworden zu seyn, daß Ulpian dem petitor selbst eine exceptio gegen die von dem possessor hereditatis bezahlten Erbschaftsgläubiger einräumte. Hier bedurfte es nehmlich einer exceptio, weil die Schuld selbst gegenüber von dem petitor und Erben durch die von dem possessor geschehene Bezahlung noch nicht als getilgt erschien, worin zugleich ein klarer Beweis liegt, daß die Römische Jurisprudenz keine exceptio solutionis, überhaupt aber erst die von den Glossatoren erfundenen sogenannten exceptiones facti gar nicht kannte, wie ich übrigens schon oben (I. Bd. S. 514—516) bemerkt habe. Denn die exceptio solutionis findet im vorliegenden Falle ja nur deßwegen Statt, weil die Verbindlichkeit des Erben und petitoris durch die von dem possessor erfolgte Zahlung nicht als getilgt angesehen wird. Nun geht Ulpian in den §§. 1. und 2. auf die Frage über: Ob der possessor dasjenige, was er selbst an die Erbschaft zu fordern habe, abziehen dürfe? und beantwortet diese dahin, daß auch hier zwischen dem praedo und bonae fidei possessor zu unterscheiden sey, daß der

erstere zu einem solchen Abzug, und zwar insbesondere bey einer auf einer bloßen natürlichen Verbindlichkeit beruhenden Schuld (naturale debitum vgl. oben S. 410) gar nicht befugt sey, daß der praedo aber, wenn der Vortheil des petitoris den Abzug erheische, sich solchen jedenfalls gefallen lassen müsse. Der bonae fidei possessor dagegen könne jedenfalls dasjenige, was er an die Erbschaft zu fordern habe, und zwar selbst dann, wenn es ein bloß naturale debitum sey, (denn dieß folgt ganz entschieden aus dem Gegensatze zwischen dem praedo und ihm), abziehen. Im §. 3. lehrt sodann Ulpian, daß gleich wie der praedo die Kosten, welche er auf die Sachen verwendet (vgl. oben S. 410 ff.) abziehen dürfe, er auch dafür, wenn die Sachen dadurch, daß er nichts auf sie verwendet, verschlimmert worden seyen, zu haften habe. Eine Haftungs-Verbindlichkeit, welche bey dem bonae fidei possessor, insolange nehmlich, als er nicht in malam fidem versetzt worden, nicht Statt findet, weil er ja, so lange er bonae fidei possessor ist, eigentlich nur seine eigenen Sachen vernachlässigt, doch bemerkt er §. 4., daß auch der praedo für die von ihm nicht eingezogenen, und theils durch Verjährung, theils durch Verarmung der Schuldner zu Verlust gegangenen Erbschaftsgelder nicht haften dürfe, weil er ja solche aus Mangel an Klagerecht gegen die Schuldner gar nicht habe eintreiben können. Durch die Worte „debitores liberari" in unserer Stelle wollte nehmlich nur eine Befreiung durch Ablauf der Zeit bezeichnet werden, und es gehört zwischen dieselben, wie auch das Scholion der Basilicen zu

L. XLII tit. 1. Fr. 31. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 628.)

bemerkt, das Wort „tempore" hinein, wie dann auch Letzteres die Worte: „ἐλευθέρωθῆναι τῷ χρόνῳ" — „liberari tempore" enthält. Gehen wir nun zu der Frage von dem Ersatz der Früchte über, und ich will hier vor allen Dingen bemerken, daß nach Gajus

Fr. 41. §. 1. D. h. t.

„Fructus computandos etiam earum rerum, quas defunctus pignori accepit, Julianus ait" — der petitor auch diejenigen Früchte ansprechen kann, welche der possessor

aus solchen Sachen, welche dem Erblasser nur verpfändet waren, und diesen sind wohl auch die dem Erblasser geliehenen Sachen und solche, welche bey ihm bloß hinterlegt waren, beyzuzählen, denn der possessor soll e ja, wie wir noch weiter unten sehen werden, jeden Gewinn, welchen er aus Veranlassung seiner possessio bezog, ersetzen. Hierüber bemerkt Paulus

Fr. 40. §. 1. D h. t.

„Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus praestabit. In bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutionem, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.“ — Daß aber von den Früchten die auf ihre Einheimsung und Aufbewahrung verwendeten Kosten abzuziehen seyen, bemerkt er

Fr. 36. § 5. D. h. t.

„Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus: sicut Sabino quoque placuit.“ — Nun haben wir aber noch genauer zu untersuchen, was denn eigentlich unter den Früchten zu begreifen sey? Hierauf erwiedert Ulpian

Fr. 20. §. 3. D. h. t.

„Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.“ — Sodann

Fr. 27. pr. D. h. t.

„Ancillarum etiam partus, et partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria: dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat, aut post petitam hereditatem dolo malo fecit, quo minus possideret, debeat restituere.“ — Paulus

Fr. 26. D. h. t.

„Quod si oves natae sunt, deinde ex his aliae: hae quoque, quasi augmentum, restitui debent.“ — Ulpian

Fr. 27.

Fr. 27. §. 1. D. h. t.

„Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet à lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur“ — und

Fr. 29. D. ej. tit.

„Mercedes plane à colonis acceptae loco sunt fructuum.“ — Der Grund aber, aus welchem Ulpian auch den aus einem Hurenhaus erzielten Erwerb zu den Früchten zählt, will mir wenigstens nicht einleuchten, denn es scheint, daß derselbe einen solchen Erwerb den erlaubten und ehrbaren beyzähle. Richtiger und einleuchtender ist jedenfalls der Grund Hermogenian's

Fr. 52. D. h. t.

„Si possessor ex hereditate inhonestos habuerit quaestus, eos etiam restituere cogetur: ne honesta interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat“ — womit auch Paulus

Fr. 28. D. h. t.

„Post Senatusconsultum enim, omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est“ — übereinstimmt. Auch steht hiemit die Stelle desselben

Sent. Recept. L. I. tit. XIII. §. 9.

„Hi fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset“ — nicht im Widerspruch, denn nur zum Ersatz desjenigen auch unehrbaren Gewinns, welchen er freiwillig bezogen hat, ist er nach den obigen Stellen verbunden, keineswegs aber soll ihn nach der letzteren Stelle des Paulus dann ein Vorwurf treffen, wenn er einen unehrbaren Gewinn zu machen verschmähte. Hievon wird nun weiter unten die Rede seyn. Den Früchten ist sodann jeder Gewinn, welchen der possessor aus Gelegenheit der Erbschaft gemacht hat, beyzuzählen, nach Ulpian

Fr. 20. §. 3. D. h. t.

„Item non solum ea: quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum

recipit, et diminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non: quia personae possessoris accedunt.“ — Zu den letzteren Worten führen die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr* Tom. V. p. 604.

folgendes sonderbare Beyspiel an:

„Τυχὸν γὰρ νομισθεὶς κύριος εἶναι τῆς κληρονομίας, εὔπορον ἔλαβε γάμον.“

„Fortasse enim, qui hereditatis dominus esse putabatur, uxorem duxit praedivitem.“

— Sodann Julian

Fr. 55. D. h. t.

„Evicta hereditate, bonae fidei possessor, quod lege Aquilia exegisset, non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.“ — Auch solche Früchte, welche der petitor, wenn er im Besitze gewesen wäre, nicht selbst hätte beziehen können, müssen vom possessor ersetzt werden, nach African

Fr. 56. D. h. t.

„Cum hereditas petita sit, eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, et si petitor eos percepturus non fuerat.“ — Ja, nicht nur diejenigen Früchte, welche er bereits bezogen hat, sondern auch diejenigen, welche er hätte beziehen können, hat er zu ersetzen, nach Ulpian

Fr. 25. §. 4. D. h. t.

„Sed et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos“ — welche Stelle, wie wir aus den oben S. 363 u. 404 abgedruckten §§. 3. u. 5. ersehen, sich natürlich auf die praedones und die malae fidei possessores, und nur auf die fructus honesto modo percipiendos bezieht, wie sich aus der Stelle des Paulus in seinen Sententis receptis (oben S. 432) ergibt, denn es wird dem possessor nicht zugemuthet, auf eine unehrbare Weise einen Erwerb zu machen, und nur, wenn er einen solchen gemacht hat, hat er ihn zu ersetzen. Nach Paulus

Sent. Rec. L. I. tit. XIII b. §. 8.

„Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare

cogitur“ — hatte der possessor ſogar den gedoppelten Betrag der percipiendorum (wohl auch der perceptorum?) fructuum zu erſetzen, was wahrſcheinlich nur eine Folge der Zwölf-Tafeln-Geſetze war, von denen uns bey Feſtus

de V. Signif. ad vocem „vindiciae“

noch eine Spur aufbewahrt iſt: „Et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is, ..tor (wohl praetor) tres arbitros dato, eorum arbitrio.. fructus duplione damnum decidito“ — wovon man auch in der Imperatoren Gratian Valentinian und Theodoſius

Const. 1. C. Th. de usur. rei judic. (4, 19.)

noch eine Spur findet: „Qui post judicii finem, exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum nonnunquam est concessa dilatio, moram afferent solutioni, à die patrati judicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum conveniantur usuras (extrinsecus scilicet medietatem debiti, de quo litigatum est, sicut prius constitutum est, inferentes) usque in id tempus, quo debitum solutione diluerint. Quod à nobis exemplo aequabili ex juris prisci est formulis introductum, ut, quia malae fidei possessores in fructus duplos (zwiſchen perceptis und percipiendis wird hier nicht unterſchieden) conveniuntur, aeque malae fidei debitores simile damni periculum persequatur. §. 1. Sed tamen creditor ternis interjectis mensibus post sententiam contestari moram debebit adhibitae tarditatis, ut ei centesimarum duplicium fructus possit acquiri. Cavendum quippe ex diverso est etiam contra illam malitiam creditorum, ne, judicatis ad solutionem cunctantibus, incipiant spe dupli foenoris imminere; quanquam judicatum, si hanc poenam à se removere festinet, contractam pecuniam vel apud judices obsignatam locare, vel judicio conveniat offerre, ut periculum duplicium usurarum incurrere ex ea die, qua obnoxius esse coeperit, desistat. §. 2. Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut, si contractus debiti ex stipulatione descendit, et casu usurae per annorum curricula summam capitis impleverint (scilicet ut quantitas sortis quantitati foenoris adaequetur), post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitis quidem duplae, usurarum vero simplae.“ —

Daß aber diese Bestimmung der Zwölf-Tafeln-Gesetze wenigstens zu Justinian's Zeiten Alterthum war, ersehen wir aus der gleich unten anzuführenden Stelle der Institutionen, und daher haben auch die Redactoren der Digesten alles sich hierauf Beziehende aus denselben weggelassen. Nun ist noch zu untersuchen, ob mit diesen Bestimmungen der

§. 2. I. de offic. jud. (4, 17.)

im Einklang oder im Widerspruch stehe? Er lautet also: „Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione." — Hier bezieht er sich also auf den

§. 35. I. de Rer. divis. (2, 1.)

„Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos perçepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere" — und nun fährt er fort: „Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum quos perceperit: in utraque actione eadem ratio pene habetur, si praedo fuerit. Si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumtorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt." — Warum hier nun Theophilus

ad h. l. Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 912.

die Worte Justinian's: „post inchoatam petitionem", welche offenbar mit den Worten: „post motam controversiam" des Selts (vgl. oben S. 404—406) ganz identisch sind, durch „προκάταρξις" und Reitz dann durch „litis contestatio" übersetzt hat, ist nur dadurch zu erklären, daß das Wort προκάταρξις, so wie das Wort litis contestatio öfters in einem allgemeinen Sinne, in welchem es überhaupt den Anfangspunkt eines Rechtsstreits bezeichnet, genommen wird, wie dieß von dem lateinischen Worte „litis contestatio" Keller

Ueber Litis-Contestation und Urtheil ꝛc. Zürich 1827. S. 68. u. 69. nachgewiesen hat. Wir müssen daher hier nicht an die eigentliche Litis-Contestation denken, sondern hiedurch wollte Theophilus, wie das Scult und die nachherige Doctrin nur denjenigen Zeitpunkt bezeichnen, wo der bonae fidei possessor erfahren hat, daß er mit der hered. pet. werde belangt werden, und so wird wohl auch die Note des v. Schrader zu den Worten: „post inchoatam petitionem“ in dessen

Instit. Berol. 1832. p. 746.

zu verstehen seyn. Was nun aber unsere Stelle selbst betrifft, so finde ich in der That zwischen ihr und den Stellen der Digesten nicht den mindesten Widerspruch. Denn der bonae fidei possessor ersetzt ja nur dasjenige, um was er zur Zeit des eröffneten Urtheils oder Erkenntnisses sich reicher befindet. Freylich aber ist dieß nur von der Periode zu verstehen, wo derjenige, welcher sich wirklich, wenn gleich irrig (oben S. 359), für den Erben hielt, noch nicht wußte, daß er mit der hered. petitio werde belangt werden, denn sobald er dieß einmal weiß, wird er in bösen Glauben versetzt, und von dieser Periode an hat auch er, wie der praedo alle, selbst diejenigen Früchte zu ersetzen, welche er ehrbarer Weise hätte beziehen können, aber nicht bezogen hat. Nur unterscheidet er sich von dem praedo wieder darin, daß er diejenigen Früchte, welche ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sind (vgl. oben S. 412 ff.) nicht zu ersetzen hat, während der praedo auch für diese haftet, denn der zufällige Untergang kann ihm, auch als malae fidei possessor, keinen Schaden bringen. Zur Erläuterung mag nun hier der Imperatoren Sever und Antonin

Const. 2. C. de pet. hered. (3, 31.)

„Si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam, Musaeus ab herede scripto quaestionis illatae non ignarus comparavit: tam ipse quasi malae fidei possessor quam heredes ejus fructus restituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquiorem esse, liquido probetur: ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, à quo peti potest.“

— eine Stelle finden, und hier ist auch die betreffende Stelle der Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 60. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 564 u. 565.)

zu vergleichen, welche den, den Imperatorn vorgelegten Fall nach seinen thatsächlichen Beziehungen genauer angibt:

„Παῦλός τις ἐνεστήσατο Πέτρον κληρονόμον. ἕτερος δέ τις Φάσκων ἐξ ἀδιαθέτου διαφέρειν ἑαυτῷ τὸν κλῆρον, διὰ τὸ τυχὸν ἄχρηστον εἶναι τὴν διαθήκην, ἠβούλετο κινεῖν τὴν τοῦ κλήρου ἀπαίτησιν κατὰ τοῦ γεγραμμένου κληρονόμου. ἤδη δὲ γενομένης ἀμφισβητήτεως, ὁ γραπτὸς κληρονόμος τινὰ τῶν πραγμάτων τῆς κληρονομίας ἐπώλησε Φιλίππῳ τινὶ, εἰδότι γεγενῆσθαι τὴν ἀμφισβήτησιν. μετὰ δὲ ταῦτα, ὁ Φίλιππος ἐτελεύτησεν ἐπὶ κληρονόμῳ. ὁ δὲ λέγων ἐξ ἀδιαθέτου διαφέρειν ἑαυτῷ τὴν κληρονομίαν, ἐνίνει τὴν τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησιν, κατὰ τῶν τοῦ Φιλίππου κληρονόμων. Φησὶ τοίνυν ἡ διάταξις, ὅτι ἐὰν ἤδη τοῦ γεγραμμένου ἀμφισβήτησιν παθόντος, ἠγόρασεν ὁ Φίλιππος τὰ πράγματα, εἰδὼς τὴν γενομένην ἀμφισβήτησιν, κακῇ πίστει νομεὺς νομίζεται. καὶ ἐπειδὴ διαβαίνει τὸ ἐλάττωμα τῆς νομῆς κατὰ τῶν αὐτοῦ κληρονόμων, ἐναχθήσονται αὐτοὶ καὶ τῇ περὶ τῶν καθ' ἕκαστα κινουμένη ἀγωγῇ, ὡς ἐξ ἀγορασίας νεμηθέντες τὰ πράγματα τοῦ διαθεμένου· καὶ ἀπαιτοῦνται δοῦναι τοὺς καρπούς· εἰ δὲ μηδέπω ἀμφισβητήσεως γενομένης κατὰ τοῦ γεγραμμένου κληρονόμου ἠγόρασεν ὁ Φίλιππος καλῇ πίστει, μόνοι οἱ μετὰ προκατάρ-

„Paulus quidam Petrum heredem instituerat, quidam autem alius hereditatem ad se pertinere contendens, forte quod testamentum inutile ruptumve esset, adversus heredem scriptum petitionem hereditatis intendere volebat. Quaestione autem jam illata, heres institutus quasdam res hereditarias vendidit Philippo cuidam non ignaro quaestionis illatae. Postea vero Philippus decessit herede relicto. Qui vero contendebat hereditatem legitimam ad se pertinere, agebat petitione hereditatis adversus heredes Philippi. Ait igitur constitutio, quod si herede scripto jam quaestionem passo Philippus res hereditarias emit, sciens quaestionem illatam, malae fidei possessor esse intelligitur: et quoniam vitium possessionis in heredes transfertur, ipsi quoque rei vindicatione tenebuntur, quasi ex causa venditionis testatoris res possidentes: et fructus ab eis exiguntur. Si vero Philippus priusquam heredi scripto quaestio inferretur, bona fide emerit, fructus tantum post litem contestatam per-

ξιν καταφέρονται καρποί, τὸ γὰρ εἰρημένον, ὅτι οἱ καρποὶ αὔξοισιν ἀεὶ τὴν κληρονομίαν, νόησον, ὅτι ἡ τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησις κινεῖται."

cepti in petitionem deducuntur. Quod enim dicitur, fructibus semper augeri hereditatem, verum est, cum petitur hereditas."

Denn hier ersehen wir, daß es sehr darauf ankommt, ob der emtor hered. schon zur Zeit des Kaufs wußte, daß der Verkäufer mit der hered. pet. bedroht sey, oder ob er selbst erst nach dem Kaufe mit derselben belangt wurde. Im ersten Falle ist er gleich von Anfang an, zwar nicht als praedo, quia pretium numeravit (vgl. oben S. 372 u. 373), wohl aber als malae fidei possessor, von der Zeit an, wo er wußte, daß er mit der hered. pet. belangt werden wird, für die frühere Periode aber als bonae fidei possessor anzusehen, und daher hat auch der Scholiast Thaleläus diese Stelle in folgenden richtigen ganz allgemeinen Satz gefaßt:

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 645.

„Μετὰ μότην κοντροβερσίαν ὁ ἀγοράσας κληρονομιαῖα πράγματα, μάλα φίδε νομεὺς νοεῖται· ὅθεν ἀπαιτεῖται καὶ αὐτὸς καὶ ὁ κληρονόμος αὐτοῦ τοὺς πρὸ προκατάρξεως καρπούς. ὁ γὰρ ἀγοράσας πρὸ μότας κοντροβερσίας, μετὰ προκάταρξιν μόνον καρποὺς δίδωσιν."

„Qui post motam controversiam res hereditarias comparavit, malae fidei possessor esse intelligitur. Itaque tam ipse, quam heres ejus fructus post litem contestatam praestat; qui vero ante motam controversiam comparavit, post litem tantum contestatam fructus praestat."

Gehen wir nun zu dem Zinsenpunkte und der Frage über: In wie weit die possessores auch zu Entrichtung von Zinsen verbunden seyen? Hier müssen wir unterscheiden, denn was

a) die Zinsen aus den Früchten betrifft, so findet sich eine Stelle Papinian's in dem

Fr. 51. §. 1. D. h. t.

„Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxe-

runt.“ — Mit dieser Stelle scheint allerdings die Stelle des Paulus

Fr. 15. D. de usuris (22, 1.)

„Neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras praestari oportere: neque eorum, qui prius percepti, quasi malae fidei possessori condicuntur“ — in geradem Widerspruch zu stehen. Diese Antinomie entgieng den Scholiasten der Basilicen keineswegs, sie suchten sie aber zu lösen.

L. XLII. tit. 1. Fr. 51. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 641 u. 642.)

„Ὡς γὰρ μέρος ὄντες τῆς κληρονομίας, καὶ δι' αὐτῆς ἀπαιτηθέντες τῆς νεραδιτάτις πετιτίονος βόνα Φίδε τυγχανούσης, τὸν ἀπὸ μόρας εἰσάγουσι τόκον ὀΦΦικίῳ τοῦ δικάζοντος τῶν μέντοι μετὰ προκάταρξιν ληΦθέντων καρπῶν, ἐπειδὴ μὴ κατὰ Φύσιν τῆς νεραδιτάτις πετιτίονος· κατηνέχθη γὰρ ἅπαξ εἰς τὸ δικαστήριον, ἀλλ' ὀΦΦικίῳ τοῦ δικάζοντος ἀπαιτοῦνται, τόκον ἀπαιτεῖν οὐ δυνάμεθα. σημείωσαι τὸ περὶ τῶν πρὸ προκατάρξεως ληΦθέντων καρπῶν εἰρημένον ἐπὶ τῆς νεραδιτάτις πετιτίονος, καὶ τὸν ἐπ' αὐτῷ λογισμὸν διὰ τὸ γενικῶς τε καὶ ἀπροσδιορίστως εἰρημένον τῷ Παύλῳ ἐν τῷ γ'. τῶν Ἀντιπατινιανοῦ μονοβίβλων τίτλῳ α'. διγέστῳ ιε'. εἴρηται δὲ γενικῶς ὅτι οὔτε τῶν μετὰ προκάταρξιν δηλονότι ὀΦΦικίῳ τοῦ δικάζοντος ἀπαιτουμένων, οὔτε τῶν πρὸ τῆς προκατάρξεως καρπῶν ἀπαιτηθήσεται τόκος. μέμνησο τῶν εἰρημένων περὶ τὰ μέσα τοῦ α'. διγέστου τοῦ παρόντος τίτλου.“

„Nam cum instituta petitione hereditatis, quae bonae fidei est, petiti intelligantur, tanquam pars hereditatis, usuras à die morae inducunt officio judicis. Fructuum vero post litem contestatam perceptorum, quia non secundum naturam petitionis hereditatis: semel enim in judicium deducta est, sed officio judicis petuntur, usuras petere non possumus. Nota id, quod dicitur in hereditatis petitione de fructibus ante litem contestatam perceptis, et rationem ejus propter id, quod generaliter et indefinite dicitur à Paulo lib. III. singularium ἀντιπατινιανοῦ tit. I. Digest. XV. (lib. XXII. tit. I. Dig. XV.) dicitur autem generaliter, neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio judicis petuntur, neque eorum, qui ante litem contestatam percepti sunt, usuras peti. Memineris eorum, quae dicta sunt circa medium Dig. XL. hujus tituli.“

Die Stelle aber, worauf sie sich am Ende berufen, ist das Scholion zu dem oben S. 430 abgedruckten Fr. 40. §. 1. D. h. t., wo sie zu den Worten ideoque eorum quoque fructus, nehmlich, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, fructuum fructus, Folgendes bemerken:

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 634.)

„Τουτέστι τοὺς τόκους· τοῦτο γάρ ἐστιν εἰπεῖν ἐκ τῶν μελλόντων λέγεσθαι πρὸς τῷ τέλει τοῦ ναʹ. διγέστου· τοῦτο δὲ νόησον περὶ τῶν πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντων καρπῶν. οἱ γὰρ μετὰ προκατάρξιν ληφθέντες οὐκ αὔξουσι τὴν κληρονομίαν, τουτέστιν οὐχ ὡς μέρος αὐτῆς, ἀλλ' ὀφφικίῳ τοῦ διαστοῦ ἀπαιτοῦνται, ὡς ὁ Παπινιανὸς ἐν τῷ κυτῷ ναʹ. διγέστῳ φησίν."

„Hoc est usuras: hoc enim suadent quae dicentur infra Dig. LI. in fine, quod de fructibus ante litem contestatam perceptis intelligendum erit: nam qui post litem contestatam percepti sunt, non augent hereditatem, id est non quasi pars hereditatis petuntur, sed officio judicis, ut ait Papinianus in d. Dig. LI.

Sie lösen diesen scheinbaren Widerspruch dahin: Paulus stelle in dem oben S. 438 abgedruckten

Fr. 15 D. de usuris (22, 1.)

eine ganz allgemeine Regel auf, welche aber bey der hered. pet. eine Ausnahme erleide, ja daß er selbst bey der hered. pet. eine Ausnahme annehme, liege ja deutlich in seinem eigenen Fr. 40. §. 1. D. h. t. Daß dieser Versuch, die vorliegende Antinomie zu heben, weder den gewagten, noch den verunglückten beyzuzählen ist, muß man zugeben. Ich gehe nun über

b) zu den Zinsen aus den Kaufschillingen, welche der possessor bezogen hat. Hierüber drückt sich die dem SCt. Hadrianum nachgefolgte (vgl. oben S. 405)

Const. 1. C. de pet. hered. (3, 31.)

so aus: „Post litem contestatam“ (daß dieß aber nach dem SCtum Hadrianum nicht der Fall war, sondern schon derjenige Zeitpunkt entscheide, wo der possessor wußte, daß er mit der hered. pet. werde belangt werden, habe ich gleichfalls schon oben bemerkt) „usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum ex die contestationis computandas omnimodo reddere compelluntur“ — hier müßte nun aber auch der obige frühere Zeitpunkt dem Zinsenbezug zu Grunde gelegt werden. Denn auf den zum malae fidei gewordenen bonae fidei possessor paßt

der Grundsatz, daß der bonae fidei possessor nur insoweit Ersatz leiste, als er bereichert worden sey, nicht; mit dem Augenblick, wo er erfährt, daß gegen ihn die hered. pet. werde angestellt werden, wird er malae fidei possessor, und aus denjenigen Kaufschillingen, welche er als bonae fidei possessor bezogen hat, und durch welche er sich zu dem angegebenen Zeitpunkt bereichert findet, hat er nun auch als malae fidei possessor von gedachtem Zeitpunkt an die Zinse zu ersetzen. Endlich

c) beantwortet Paulus die Frage: ob auch von verzinslichen Forderungen Zinsen zu ersetzen seyen?

Fr. 30. D. h. t.

„Julianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest: Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere; id est, vel sortem, et usuras ejus, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quo ex his adhuc deberetur; periculo scilicet petitoris.“ — In unserer Stelle wird nun genau zwischen dem praedo, dem malae fidei possessor und dem bonae fidei possessor unterschieden. Der praedo und der malae fidei possessor haben nehmlich die ausstehenden Gelder nebst den Zinsen zu ersetzen, der petitor muß dann aber auch die Gefahr der Ausstände übernehmen. Der bonae fidei possessor aber tritt neben dem Ersatz der von ihm bezogenen Zinse, insofern er nehmlich hiedurch noch zur Zeit des Urtheils (S. 405) bereichert ist, sein Forderungsrecht an den petitor ab. Deutlicher ist allerdings die Fassung unserer Stelle in den Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 30. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 555.)

„Ἐπιλογὴν ὁ ἐνάγων ἔχει, ἢ τὸ κεφάλαιον τῶν δανεισθέντων ἀπαιτῆσαι, ἢ καὶ τοὺς τόκους οἰκειώσασθαι μετὰ τοῦ κινδύνου τοῦ χρέους λαμβάνων τὰ γραμματεῖα. ὁ δὲ καλῇ πίστει, ἅπερ ἀπήτησε, δίδωσι. καὶ τῶν

„Actor electionem habet, utrum sortem duntaxat an et usuras agnoscere velit cum periculi debiti cautiones accipiens: bonae autem fidei possessor, quae percepit, praestat, et nomina sive

χρεῶν χρεωστουμένων ἐκχωρεῖ τὰς ἀγωγὰς, κινδύνῳ τοῦ ἐναγοντος.“

actiones cedit periculo petitoris.“

Zum Schlusse und ehe ich noch auf die weiteren Fragen übergehe, will ich nur noch der Stelle des Paulus

Fr. 36. §. 3. D. h. t

erwähnen: „Si praedo dolo desisset possidere: res autem eo modo interierit, quo esset interitura, et si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba Senatus-Consulti, melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris: quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adjectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo.“ — Diese Stelle geben nun die Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 36. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 558.)

auf folgende Weise:

„Ἐὰν ὁ ἅρπαξ δόλῳ παύσηται νέμεσθαι, αὐτὶ νεμομένου παραλαμβάνεται· εἰ δὲ πλείονος πωλήσῃ πρᾶγμα, ἐπιλογὴν ἔχει ὁ ἐνάγων λαβεῖν τὸ τίμημα.“

„Si praedo dolo desierit possidere, pro possessore habetur. Si vero pluris venierit res, electio est actoris, ut pretium consequatur.“

— und ich will hier nur noch des Scholion des Cyrillus

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 632.

erwähnen, welches also lautet:

„Εἰ ὁ μάλα φίδε νομεὺς δόλῳ παύσεται νέμεσθαι, τὸ δὲ πρᾶγμα κατὰ Φυσικὴν Φθορὰν ἀπόληται, εἰς τὸ τίμημα αὐτοῦ κατηδικάζεται. εἰ δὲ καὶ μὴ ἀπώλετο, πλείονος δὲ, οὗ ἦν ἄξιον, ἐπράθη, ἐπιλογὴν ἔχει ὁ πετίτωρ, εἴτε τὸ πρᾶγμα, εἴτε τὸ τίμημα βούλεται ἀπαιτῆσαι.“

„Si malae fidei possessor dolo desierit possidere, res autem naturali interitu perierit: ad pretii praestationem condemnatur. Sed etsi res non interierit, pluris autem venierit, quam digna esset, petitor electionem habet, utrum rem ipsam, an pretium petere malit.“

— wobey merkwürdig ist, daß statt „praedo“ hier „malae fidei possessor“, meines Erachtens aber mit Recht steht. — Dieß vorausgesetzt wollen wir diese Stelle etwas genauer betrachten. Wenn der bonae fidei possessor eine

zur Erbschaft gehörige Sache veräußerte, und einen dem wahren Werth übersteigenden Erlös aus derselbtn erzielte, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er dem petitor den ganzen Preis, insofern er nehmlich rei judicatae tempore hiedurch bereichert ist, zu ersetzen hat. Veräußert aber der praedo oder der bonae fidei possessor, erst nachdem Letzterer zum malae fidei possessor geworden ist, und nach dem Veräußerungsverbot (vgl. oben S. 406), diese Sache, so hört er ja dolo malo zu besitzen auf, und wenn nun der petitor gegen ihn obsiegt, so erfolgt nun ein jussus judicis, die Sache herauszugeben, da die hered. pet. eine actio arbitraria (vgl. I. Band S. 437 ff.) ist, diesem jussus judicis kann er nun keine Folge leisten, weil er in der Regel die Sache von demjenigen, an welchen er sie veräußert hat, nicht wieder erhalten kann, somit muß er aber jetzt in Folge der condemnatio die litis aestimatio bezahlen. Allein diese litis aestimatio könnte geringer als der Preis, welchen er erhalten hat, ausfallen, und somit wäre ja der praedo und der malae fidei possessor in einer besseren Lage als der bonae fidei possessor, welcher den Preis ersetzen muß. Dieß kann nun aber nicht der Fall seyn, weil es in der That ungereimt wäre, wenn der malae fidei possessor hier gegen den bonae fidei possessor im Vortheil wäre, und weil ihm gegen die Regel des Paulus in dem oben S. 431 abgedruckten

Fr. 28. D. h. t.

offenbar noch ein Gewinn in Händen bliebe. Die litis aestimatio kann daher hier nur in dem von ihm bezogenen Preise bestehen. Ist aber die Sache bey demjenigen, an welchen sie veräußert worden, und zwar auf eine Weise zu Grunde gegangen, auf welche sie auch bey dem praedo oder malae fidei possessor, wenn er sie nicht veräußert hätte, zu Grunde gegangen wäre, so tritt hier, und dieß ist der Fall, von welchem Paulus zunächst handelt, ganz das Nehmliche ein, denn auch hier könnte ja der praedo nur zur Bezahlung der litis aestimatio angehalten werden, welche niedriger als der von ihm erlöste Preis ausfallen könnte, und auch hier hätte er also aus den beyden obigen Gründen statt der litis aestimatio den von ihm erlösten Preis zu ersetzen. Mit Recht hat daher auch Cyrillus bemerkt,

daß die beyden Fälle, wenn nehmlich die veräußerte Sache noch — und wenn sie nimmer vorhanden sey, einander gleich zu setzen seyen. — Jetzt erst gehe ich zu der Frage über: Ob die hered. pet. eine dingliche actio in rem oder eine gemischte Klage, actio mixta, sey? Schon früher (I. Band S. 432) habe ich mich dafür erklärt, daß ich die hered. pet. für eine actio mixta halte, und wenn gleich der

§. 20. I. de act. (4, 6.)

solche nicht unter den mixtis actionibus aufführt, so gibt es doch hiefür eine entscheidende Stelle, nehmlich Ulpian's

Fr. 25. §. 18. D. h. t.

„Petitio hereditatis, et si in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae à debitoribus sunt exacta: item pretiorum.“ — Ich muß mich nun hier zunächst darauf beziehen, was ich bereits (I. Band S. 431) über den Unterschied der actionum in personam und in rem bemerkt habe. — Wie wir aber bis jetzt uns überzeugt haben, so hat offenbar die hered. pet. auch persönliche Leistungen zum Gegenstande. Beyspiele hat schon Ulpian angeführt, aber ich möchte noch weiter fragen: ob dann der petitor die dem Erblasser verpfändeten, von ihm entlehnten oder bey ihm hinterlegten Sachen mit einer andern als persönlichen Klage fordern könnte? Allerdings ist nun auch die hered. pet. eine actio in rem, oder wenn man lieber will, eine vindicatio, nehmlich in Beziehung auf solche Sachen, welche der petitor auf den Grund des von dem Erblasser auf ihn übertragenen Eigenthumsrechts fordert, wogegen aber in Beziehung auf alle übrigen Sachen die hered. pet. nur als persönliche Klage angestellt werden kann. Ganz richtig bemerkt daher auch Ulpian in unserer Stelle, so wie Paulus in dem

Fr. 27. §. 3. D. de rei vind. (6, 1.)

„cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est“ — daß die hered. pet. beziehungsweise auch eine actio in rem sey. Gerade darin aber, daß sie beydes zugleich ist, liegt ja und muß ihre Eigenschaft als einer actio mixta der Natur der Sache nach liegen. Ganz ent-

schieden aber spricht dafür, daß die hered. pet. eine actio mixta sey, Ulpian's

Fr. 25. §. 19. D. h, t.

„Hoc SCtum ad petitionem hereditatis factum, etiam in familiae erciscundae judicio locum habere placet: ne res absurda sit, ut quae peti possint, dividi non possint“ — denn gerade aus der Gleichstellung der hered. pet. mit der actio fam. erisc., welch' letztere ja der

§. 20. I. de act. (4, 6.)

ausdrücklich den actionibus mixtis beyzählt, so wie aus der sogleich folgenden Constitution der Imperatoren Diocletian und Maximian geht wohl mit aller Evidenz hervor, daß auch die hered. pet. den act. mixtis beyzuzählen sey. Ich gehe nun zu der weit schwierigeren Frage über: wann verjährt sich die hered. pet.? Hier müssen wir vor allen Dingen der Imperatoren Diocletian und Maximian bereits erwähnte

Const. 7. C. de pet. hered. (3, 31.)

genauer in's Auge fassen. „Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem, vel longum tempus explosa sit.“ — Merkwürdig ist die Art, wie die Basilicen diese Stelle gefaßt haben:

L. XLII. tit. I. Fr. 65. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 567.)

„Ἡ τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησις, κινεῖται μὲν κατὰ τῶν ὡς κληρονόμων, ἢ ὡς ἀγαθῶν διακατόχων νεμομένων· οὐκ αὐτίκειται δὲ αὐτῇ ἡ τῶν δέκα ἢ εἴκοσιν ἐτῶν παραγραφή. ἐπειδὴ ἀναμεμιγμέναι εἰσὶν αὐτῇ καὶ αἱ προσωπικαὶ ἀγωγαὶ, αἵ τινες οὐκ ἀνχιροῦνται τῇ τῶν δέκα ἢ εἴκοσιν ἐνιαυτῶν παραγραφῇ. οἱ δὲ μήτε ὡς κληρονόμοι, μήτε ὡς ἅρπαγες νεμόμε-

„Hereditatis petitio adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exercetur. Ei autem decennii, vel vicennii praescriptio non obstat, quum ei mistae sint et personales actiones, quae decem vel viginti annorum praescriptione non perimuntur. Qui vero nec pro herede, nec pro possessore possident, petitione heredi-

νοι, οὐ κατέχονται τῇ τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσει, ἀλλὰ τῇ περὶ τῶν καθ' ἕκαστα κινουμένῃ ἀγωγῇ, εἰ μήτε διὰ χρήσεως ἐδέσποσαν, μήτε μακροῦ χρόνου παραγραφὴν ἐκτήσαντο."

tatis non tenentur, sed speciali in rem actione, si nec usu suum fecerint, nec longi temporis praescriptionem sibi acquisierint."

Diese Constitution enthält nun verschiedene Sätze, deren jeden einzelnen wir genauer betrachten müssen. Der Eingang oder erste Satz sagt, daß die hered. pet. nur gegen diejenigen, welche pro herede oder pro possessore besitzen, gerichtet werden könne. Wir haben schon oben (S. 359 ff.) gesehen, was dieser Satz eigentlich besagen wolle. Allein hier steht derselbe zunächst im Gegensatze zu einem andern, und zwar in objectiver und subjectiver Beziehung. Der Gegensatz nehmlich ist kein anderer als der, daß die caeteri, d. h. wie die Basilicen sich richtig ausdrücken, diejenigen, welche weder pro herede noch pro possessore besitzen, nur mit der rei vindicatio belangt werden können. Objectiv steht also die hered. pet. der rei vindicatio, subjectiv diejenigen, welche pro herede oder possessore besitzen, allen übrigen Besitzern entgegen. Doch ich will mich hier eines Beyspiels bedienen: wenn der Erblasser oder wenn die Erbschaftsmasse bestohlen, und die gestohlene Sache von dem Dieb an Jemand verkauft würde, so besitzt der Käufer diese Sache weder pro herede noch pro possessore, sondern pro emtore, er kann somit auch nie mit der hered. pet., sondern nur mit der rei vindicatio belangt werden. Der zweyte Satz, welchen die fragliche Constitution enthält, ist der: daß der hered. pet. die praescriptio longi temporis nicht im Wege stehe. Wenn hier die Imperatoren Diocletian und Maximian, und zwar im Jahr 294 n. C. G. von einer longi temporis praescriptio sprechen, so hatten sie offenbar nicht die Klagenverjährung im Auge, denn zu der Zeit der gedachten Imperatoren gab es noch keine eigentliche Klagenverjährung, deren Schöpfer der Imperator Theodosius II. ist, welcher sie erst im September 424 n. C. G. einführte, wie ich in meiner Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 109–112. S. 232–244.

nachgewiesen habe. Die Imperatoren hatten daher und konnten die eigentliche Klagenverjährung gar nicht im Auge haben, sondern nur die frühere longi temporis praescriptio, worüber ich

a. a. O. §§. 84—96. S. 185—209.

ausführlich gehandelt habe. Wenn aber die Basilicen statt der Worte: „longi temporis praescriptio“ sich des Ausdrucks „praescriptio decennii vel vicennii“ bedienen, so hatten sie nicht die frühere longi temporis praescriptio, sondern die durch Justinian's

Const. un. C. de usucap. transform. (7, 31.)

mit der usucapio verschmolzene praescriptio X. vel XX. annorum, von welcher ich

a. a. O. §. 105. S. 223—229.

gehandelt habe, im Auge. Wenn aber hier die Imperatoren Diocletian und Maximian als Grund, warum die frühere longi temporis praescriptio nicht auf die hered. pet. anwendbar sey, den anführen, daß die hered. pet. mixta personalis actio sey, d. h., daß die hered. pet. nicht nur eine actio in rem, sondern auch in personam sey, so bringen sie hier ja nur den allgemeinen Satz, daß die longi temporis praescriptio auf actiones in personam nicht anwendbar seyen, welchen sie in der

Const. 5. C. quib. non objic. l. t. praescr. (7, 55.)

ausgesprochen haben, wie ich

a. o. a. O. §. 95. S. 205.

bereits gezeigt habe, mit besonderer Beziehung auf die hered. pet. als eine Klage, welche sowohl als actio in rem als in personam betrachtet werden könne, in Anwendung. Im Gegensatz gegen den Satz, daß der hered. pet. die frühere longi temporis und die nachherige praescriptio decennii vel vicennii (bey welcher dieselben Gründe wie bey der früheren longi temporis praescriptio obwalten) nicht im Wege stehe, wird nun aber am Schlusse dieser Constitution behauptet, daß der rei vindicatio sowohl die frühere usucapio (worüber meine oben angeführte Schrift

§§. 37—45. S. 54—66.

zu vergleichen ist) als auch die frühere longi temporis praescriptio im Wege stehe, was nun auch natürlich von der neueren mit der usucapio verschmolzenen praescriptio de-

cennii

cennii vel vicennii gilt. Die Frage also, welche zunächst die fragliche Constitution zum Gegenstande hat, ist bloß die: ob die frühere praescriptio longi temporis (denn an die usucapio dachte man gar nicht aus Gründen, auf welche ich gleich kommen werde) gegen die hered. pet. schütze? Jetzt aber ist die Frage die, wie sie auch die Basilicen richtig aufgefaßt haben: ob die praescriptio decennii vel vicennii gegen die hered. pet. schütze? und diese Frage ist allerdings, und zwar aus zwey Gründen zu verneinen, nehmlich einmal aus dem in der Constitution angeführten Grunde, weil die hered. pet. eine actio mixta, d. h. sowohl in personam als in rem ist, und dieser Grund wäre, insoweit sie als actio in personam zu betrachten ist, entscheidend. Insofern sie aber zugleich auch actio in rem ist, kommt in entscheidenden Betracht, daß die hered. pet. nur gegen denjenigen gerichtet werden kann, welcher pro herede besitzt (hier nehmlich den Ausdruck pro herede ganz im allgemeinen Sinne genommen, in welchem es auch den pro possessore im Gegensatze gegen den singulari titulo possidentem bezeichnet), eine usucapio oder praescriptio pro herede aber nicht Statt findet, wie ich in der oben angeführten Schrift

§§. 68. u. 69. S. 142—151.

nachgewiesen habe. Es kann somit auch daran, daß die neuere von Justinian mit der usucapio verschmolzene praescriptio decennii vel vicenni, von welcher ja ex titulo pro herede gar keine Rede seyn kann, nicht gegen die hered. pet. schütze, nicht im Mindesten gezweifelt werden, und so erklärt auch der Scholiast der Basilicen Theodorus

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 647.)

richtig die Sache:

„Ἴσθι ὅτι φησὶν ἡ β'. διάταξις τοῦ κθ' τίτλου τοῦ ζ'. βιβλίου, ὡς οὐδέποτε οὐσουκαπιτεύει τὰ ἐρεδιτάρια πράγματα ὁ μὴ ὢν κληρονόμος, κἂν μὴ νέμηται αὐτά.“

„Scias, quod ait const. II. tit. XXIX. L. VII. eum qui verus heres non est, res hereditarias nunquam usucapere, licet à nemine possideantur.“

Im Ganzen war nehmlich Theodorus auf dem richtigen Wege, er sah wohl ein, daß das Räthsel durch die Grundsätze von der usucapio pro herede sich lösen müsse,

aber darin fehlte er, daß er sich auf der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 2. C. de usucap. pro herede (7, 29.)

von welcher ich in der oben angeführten Schrift

§. 68. S. 146.

gehandelt habe, berufen hat, während er sich auf derselben Imperatoren

Const. 4. C. ej. tit.

worüber ich dieselbe Schrift

§. 69. S. 148 u. 149.

zu vergleichen bitte, sich hätte berufen sollen. Daß aber jedenfalls der erste Grund, nehmlich daß die hered. pet. eine actio mixta, somit theilweise wenigstens actio in personam, und die letztere Eigenschaft in dieser Beziehung die hervorstehende sey, leuchtet klar aus der Diocletianischen Constitution hervor, und mit dem zweyten und Nebengrunde, welcher sich auf ihre Eigenschaft als actio in rem gründet, würden wir, wenn er vereinzelt stände, wenigstens bey dem emtor hereditatis, gegen welchen ja auch die hered. pet. utilis gerichtet werden kann (vgl. oben S. 371) auf eine Sandbank gerathen. Uebrigens kann es jetzt nach des Imperators Theodos II.

Const. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)

worüber die oben angeführte Schrift

§. 112. S. 240—245.

zu vergleichen ist, des Imperators Anastasius

Const. 4. C. ej. tit.

vergleiche dieselbe Schrift

§. 115. S. 246 u. 247.

und Justinian's

Const. 1. §. 1. C. de annali except. (7, 40.)

vgl. dieselbe Schrift

§. 121. S. 265—267.

keinem Zweifel unterliegen, daß die gewöhnliche dreißigjährige auch die Verjährungsfrist der hered. pet. ist. Nun haben wir noch Justinian's

Const. 12. C. de pet. hered. (3, 31.)

einer genauen Prüfung zu unterwerfen. „Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praejudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitio-

nis infringi.“ — Was es mit der praescriptio und nachherigen exceptio „ne hereditati praejudicium fiat“ eigentlich für eine Bewandniß hat, habe ich bereits oben (S. 356 und I. Band S. 482 ff.) gezeigt. Gerade aber diese exceptio gab zu manchen Chicanen gegen Vermächtnißnehmer, Fideicommissarien, Gläubiger des Erblassers, und solche, welche dem Erblasser Sachen geliehen, verpfändet, oder bey ihm hinterlegt hatten, Veranlassung. — Wandten sie sich an den possessor, so trat ihnen dieser, wandten sie sich an den petitor, auch er mit der gedachten Einrede entgegen, und von Beyden wurden sie wenigstens für die Dauer des über die hered. pet. entweder bereits anhängigen, oder erst anhängig werdenden Rechtsstreits zur Geduld verwiesen. Diesen Chicanen wollte nun Justinian durch die vorliegende Constitution begegnen, und verordnete daher Folgendes: „Cumque multae varietates et controversiae veterum exortae sint, eas certo fine concludentes, sancimus. Si quis hereditatis petitionem vel susceperit vel suscipere sperat, vel movere: alius autem superveniens, vel ex deposito, vel ex commodato, vel ex legato, vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare, vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium: si quidem pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, cum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte exigi vel legatum vel fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione pro qualitate personarum. Quod si non obtinuerit ejus jura, restituit legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus, vel agrum cum fructibus quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis et utilibus deductis, vel, si ipse maluerit litem quidem contestari, expectare autem hereditatis petitionis eventum: hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competeret, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat“ — und ich gebe hier auch die Fassung der Basilicen

L. XLII. tit. 1. Fr. 70. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 568 u. 569)

„Ἐάν τις ἢ ὑπεδέξατο ἤδη τὴν ἀγωγὴν τὴν ἐνδικοῦσαν τὴν | „Si quis hereditatis petitionem vel jam susceperit,

κληρονομίαν, ἢ ἐλπίζῃ ἐνάγεσθαι αὐτῇ, ἢ ἐνάγῃ περὶ αὐτῆς, ἄλλος δέ τις βούληται ὡς παραθέμενος, ἢ χρήσας πράγματα τῷ τελευτήσαντι, ἢ ὡς ληγάτου, ἢ ἀποκαταστάσεως καταλειφθέντων αὐτῷ ἐναγαγεῖν τῷ κινοῦντι τὴν περὶ τῆς κληρονομίας ἐκδίκησιν, ἢ τῷ περὶ αὐτῆς ἐναγομένῳ· εἰ μὲν ληγάτου, ἢ ἀποκατάστασης ἀπαιτεῖται, ἀνάγκην ἔχειν τὸν κληρονόμον ὑποδέχεσθαι τὴν τοιαύτην ἐναγωγὴν, καὶ ἀποδεικνυόμενον τὸ ληγάτον, ἢ τὴν ἀποκατάστασιν καταβάλλειν. λαμβάνειν μέν τοι παρὰ τοῦ ἐνάγοντος, ἢ ὁμολογίαν, εἰ εὔπορός ἐστιν, ἢ ἱκανοδοσίαν. ὅτι εἰ συμβῇ περὶ τῆς κληρονομίας δικαζόμενον ἡττηθῆναι, ἀποκαθίστησιν αὐτῷ ὁ ληγατάριος, ἢ ὁ τὴν ἀποκατάστασιν λαβών, μετὰ τόκου ἀπὸ τετάρτου ἑκατοστῆς, τὰ διδόμενα αὐτῷ ὡς ἀπὸ ληγάτου, ἢ ἀποκαταστάσεως χρήματα, ἢ τὸν ἀγρὸν, ἢ τὸν οἶκον μετὰ τῶν καρπῶν, οὓς ἐὰν λάβῃ, ἢ τῶν ἐνοικίων αὐτοῦ, ὑπεξαιρουμένων δηλονότι τῶν περὶ τὸν ἀγρὸν ἢ τὸν οἶκον γενομένων ἐπωφελῶν, ἢ ἀναγκαίων δαπανημάτων. ἐξέσται δὲ τῷ ληγαταρίῳ, εἰ βούλεται, μόνον προκατάρξασθαι περὶ τοῦ ληγάτου· περιμεῖναι δὲ τὸ τῆς τῶν κληρονομιαίων ἐνδικήσεως ἀποτέλεσμα· ἵνα μέντοι τότε, εἴπερ ἁρμόσει αὐτῷ τὸ ληγάτον, ἢ ἡ ἀποκατάστασις, μετὰ καρπῶν καὶ πάσης ἐπαυξήσεως αὐτῷ καταβληθείη.“ — Dieſer erſte Theil der Conſtitution handelt nun von Vermächtnißnehmern und

vel suscipere sperat, vel moverit; alius autem superveniens vel ex deposito, vel ex commodato, vel ex legato, vel ex fideicommisso adversus agentem petitione hereditatis, vel reum, experiri velit, si quidem legatum vel fideicommissum petatur, heres ejusmodi actionem suscipere cogitur, et legatum, de quo non ambigitur, vel fideicommissum praestare: exacta tamen cautione, si locuples est, vel satisdatione: quod si in petitione hereditatis superatus fuerit, restituet legatarius, vel fideicommissarius datam ei pecuniam ex causa legati, vel fideicommissi cum usuris ex quarta centesimae: vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus, deductis scilicet utilibus, aut necessariis impensis in agrum, vel fundum factis. Licebit autem legatario si velit, litem tantum contestari, exspectare autem hereditatis petitionis eventum, ut tamen si legatum vel fideicommissum competeret, cum fructibus et omni augmento solvatur.“

Fideicommissarien, und bestimmt, daß der Vermächtnißnehmer oder Fideicommissar gegen den petitor oder possessor Klage erheben könne, und daß, wenn der Vermächtnißnehmer oder Fideicommissar den Ausgang des Rechtsstreits über die hereditatis petitio nach erfolgter Litis-Contestation in seiner Klagsache freiwillig abwarten wolle, ihm nach Austrag desselben der petitor oder possessor die Sache mit allem Zuwachs und Früchten (denn „cum legitimis augmentis" übersetzen die Basilicen ganz richtig mit „μετὰ πάσης ἐπαυξήσεως" — „cum omni augmento") zurückzuerstatten habe. Ich muß hier aber bemerken, daß der Fidei-Commissar oder Vermächtnißnehmer, und darin liegt eigentlich der Sinn dieser Stelle, die fructus und augmenta nur dann ansprechen kann, wenn er schon früher gegen den petitor oder possessor geklagt hat, und auf seine Klage die litis contestatio erfolgt ist. Denn würde der Vermächtnißnehmer oder Fideicommissar sich während der Dauer des Rechtsstreits über die hered. pet. gar nicht rühren, sondern ohne Klage und ohne hierauf erfolgte litis contestatio den Ausgang des Rechtsstreits über die hered. pet. ruhig abwarten, so kann er weder fructus noch augmenta ansprechen, sondern bloß das Vermächtniß oder Fideicommiß. Daß aber, wenn das Vermächtniß oder Fideicommiß in einer Summe Geldes besteht, der Vermächtnißnehmer oder Fideicommissar, wenn er erst nach erfolgter Klage und litis contestatio den Ausgang des Rechtsstreits abwarten will, auch Zinse ansprechen könne, hat für mich nach Ulpian's

Fr. 34. D. de usuris (22, 1.)

„Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent à fructibus separari. Et ita in legatis, et fideicommissis et in tutelae actione, et in caeteris judiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in caeteris obventionibus dicemus" — keinen Zweifel, wenn gleich die vorliegende Constitution zunächst nicht von Zinsen spricht. Die Frage aber: von wann an die Zinsen zu berechnen seyen? beantworte ich mit Paulus

Fr. 33. D. ej. tit.

dahin: „Lite contestata usurae currunt." (Auf letzteres Fragment werde ich jedoch bey dem gedachten Titel zurückkommen.) Will er aber nicht warten, so hat er, wenn er keine hinreichende Liegenschaft besitzt, dafür, daß er, wenn

derjenige, welchen er belangt hat, in dem Streit über die hered. pet. unterliegen würde, das Geld oder die Sache nebst Zinsen oder Früchten zurückerstatten werde, Sicherheit zu leisten. Hat er aber hinreichende Liegenschaft, so hat er nach dem Scholion der Basilicen

ad h. l. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 649)

„Εἰ ἔχει ἀκίνητον οὐσίαν ὁ λητιγάτωρ, μὴ ἀπαιτῆται παρασχεῖν ἐγγύας, ἀλλὰ μόνον ἀσφάλειαν περὶ τῆς ἀναδόσεως τῶν παρασχεθέντων αὐτῷ, εἰ ἡττηθῇ ὁ παρ' αὐτοῦ ἐναχθείς.“	„Si litigator immobilia possideat non satisdat fidejussore dato, sed cavet tantum se restituturum, quod accepit, si victus fuerit is, à quo legatum exegit.“

— bloß für die Rückgabe im Falle des Unterliegens sich verbindlich zu machen, wie dann dieses Scholion die Worte „sub cautela vel satisdatione pro qualitate personarum“ unserer Constitution, welche schon die Basilicen richtig aufgefaßt haben, ganz gut erklärt. Nun folgt der §. 1. dieser Constitution: „Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possessorem hereditatis vel ejus rei de qua agitur: si quidem res sint vel depositae, vel commodatae, vel pignori datae, vel aliae, quae extant: non differri sub praetextu hereditatis petitionis memoratum judicium: quemadmodum si pro foenerata pecunia, vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem, non debet judicium differri, sed exitum suum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis judicium finem accipiat: tunc inter petitorem hereditatis et possessorem rationibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat. Quod si petitor victus fuerit, simili modo à possessore judicis officio ei satisfiat: vel, si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione“ — welcher in den Basilicen

l. s. c. p. 569 u. 570.

also lautet:

„Εἰ μέντοι ἀπὸ συναλλαγμάτων τοῦ τελευτήσαντος βούλεταί τις ἐναγαγεῖν κατὰ τοῦ νεμομένου τὴν κληρονομίαν, εἰ μὲν	„Si tamen ex contractibus defuncti quis contra possessorem hereditatis agere velit: si quidem extent res

φαίνεται τὰ πράγματα τὰ χρησθέντα, ἢ παρατεθέντα, ἢ ἐνεχυρασθέντα τῷ τελευτήσαντι, μὴ ὑπερτίθεσθαι τὴν τοιαύτην ἐναγωγὴν, προσχήματι τῆς τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσεως. καὶ γὰρ εἰ καὶ ἀπὸ δανείου, ἢ ἀπὸ ἄλλης προσωπικῆς ἀγωγῆς ἐνάγεται ἐκ προσώπου τοῦ τελευτήσαντος, ἢ ὁ νεμόμενος τὴν κληρονομίαν, ἢ ὁ ἐνδικῶν αὐτὴν, οὐ χρὴ τὴν ἐναγωγὴν παραιτεῖσθαι τοὺς περὶ κληρονομίας δικαζομένους. ὅτε γὰρ παραιωθῇ τῆς τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσεως τὸ δικαστήριον, οὐκ ἄλλως ὁ τὴν κληρονομίαν νεμόμενος, καὶ ἡττηθεὶς ἐν τῷ περὶ αὐτῆς ἀγῶνι ἀναγκάζεται αὐτὴν ἀποκαταστῆσαι, εἰ μὴ τὸ ἱκανὸν αὐτῷ γένηται περὶ πάντων τῶν ὑπὲρ τῆς κληρονομίας καταβληθέντων. εἰ δὲ καὶ ὁ ἐνδικῶν καταβάλῃ κληρονομιαῖα χρέα, ἐλπίδι τοῦ μέλλειν νικᾶν, ἡττηθῇ δέ, δεῖ πάλιν τὸν ἐναχθέντα περὶ τῆς κληρονομίας, καὶ νικήσαντα κρίσει τοῦ δικαστοῦ· ἢ εἰ τοῦτο παραμεληθείη, τυχὸν γὰρ οὐχ ὑπέμνησεν αὐτοὺς ὁ καταβαλὼν τὰ χρέα, περὶ ὧν καταβέβληκε, δύναται καὶ τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν κινεῖν, ἢ τὸν ἐκ τοῦ νόμου ἀπαιτητικὸν λόγον κατὰ τοῦ νικήσαντος ἐπὶ τῇ κληρονομίᾳ, καὶ ἀναλαμβάνειν ἅπερ κατέβαλε.

commodatae, aut depositae, vel pignori datae defuncto, non differri sub praetextu hereditatis petitionis ejusmodi actionem: etenim licet pro foenerata pecunia, vel alia personali actione ex persona defuncti agatur vel contra possessorem hereditatis, vel petitorem, judex qui de hereditate cogniturus est, judicium differre non debet. Postquam enim hereditatis petitionis judicium finem acceperit, non aliter possessor hereditatis, si victus fuerit eo judicio, hereditatem restituere compellitur, nisi eorum omnium nomine, quae hereditatis causa soluta sunt, ei satisfactum sit. Sed et si petitor aes alienum hereditatis solverit, cum speraret, in judicio petitionis hereditatis superiorem se futurum, victus autem sit, hic quoque à victore judicis officio satisfiat: vel si hoc fuerit praetermissum: fortasse enim, qui solvit, de eo judicem non admonuit, adversus victorem negotiorum gestorum agere potest, vel condictione ex lege, et ita ea, quae solvit, recipere."

Dieſer §. handelt nun von dem Falle, wenn der Gläubiger eines Erblaſſers, oder derjenige, welcher ihm eine Sache geliehen, verpfändet, oder eine ſolche bey ihm hin-

terlegt hat, seine Schuld oder diese Sache fordert. Hier bedarf es nun nicht einmal eine Sicherheitsleistung, da der possessor, wenn er in dem Rechtsstreit über die hered. pet. unterliegt, dem petitor das solchergestalt Bezahlte oder Abgelieferte in Aufrechnung bringen, der petitor aber mittelst der actio negotiorum gestorum oder einer condictio ex lege seinen Rückgriff an den possessor nehmen kann. Den von Freilassungen handelnden §. 2. dieser Constitution übergehe ich, und der §. 3., in welchem Justinian die Controverse: ob die hered. pet. eine actio bonae fidei sey? bejahend entschieden hat, ist bereits oben (S. 357) abgedruckt. Zum Schlusse habe ich nur noch einer Stelle des Neratius

Fr. 57. D. h. t.

zu erwähnen: „Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit, et secundum alterum ex his judicatum est: quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet, si mox et secundum alium fuerit judicatum, absolvatur is, cum quo actum est: quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quod judicio revictus restituerit: an, quia possit et secundum alium judicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit. Sed melius est officio judicis cautione, vel satisdatione victo mederi: cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit adversus priorem victorem.“ — Für welchen Fall diese Stelle eigentlich passe? darüber waren schon die Scholiasten der Basilicen nicht einig, denn nach dem Scholion zu dieser Stelle

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 643 u. 644.

und in den

Fragm. *Theoph.* (in der Reitzischen Ausgabe seiner Institutionen Paraphrase Tom. II. p. 945 u. 946.)

waren Isidorus und Theophilus hierüber theilweise im Streit:

„Κατεῖχέ τις ἀλλοτρίαν κληρονομίαν. Πρῖμος δέ τις ἐπεφύη

„Quidam alienam hereditatem possidebat. Primus

αὐτῷ, λέγων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, καὶ ἐκὼν ὁ νεμόμενος ἐδεφένδευσε πρὸς αὐτὸν τὴν κληρονομίαν· τουτέστι δέδωκεν αὐτῷ τῇ ἰουδικάτῃ σόλουϊ ἰκανοδοσίαν. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα καὶ Σεκοῦνδος ἐπεφύη τῷ αὐτῷ ποσσέσσωρι. λέγων καὶ αὐτὸς τὴν κληρονομίαν ἑαυτῷ διαφέρειν, καὶ κατὰ τὸν ὅμοιον τρόπον ὁ τῆς κληρονομίας ποσσέσσωρ ἐκὼν καὶ πρὸς αὐτὸν ἐδεφένδευσε τὴν κληρονομίαν, τουτέστι δέδωκεν αὐτῷ τὴν ἰουδικάτη σόλουϊ. τούτων οὕτω γενομένων, Πρίμος σπουδαιότερος ὢν, ἐκίνησε κατ' αὐτοῦ τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα, καὶ ὁ δικαστὴς ἀπεφήνατο διαφέρειν τῷ Πρίμῳ τὴν κληρονομίαν, τὸ ζητούμενον, ἄρα μετὰ τὴν τοιαύτην ψῆφον ὀφείλει τὴν κληρονομίαν ὁ ποσσέσσωρ ἀποκαταστῆσαι Πρίμῳ τῷ κινήσαντι, ὥςπερ ἂν εἰ μηδὲ ἐπεφύη Σεκοῦνδος, μήτε ἐδεφένδευσεν πρὸς αὐτὸν τὴν κληρονομίαν ὁ ποσσέσσωρ· τουτέστι μήτε δέδωκεν τὴν ἰουδικάτη σολουϊ ἰκανοδοσίαν, ἵνα δηλαδὴ ἐὰν μετὰ ταῦτα κινήση Σεκοῦνδος, καὶ κινήσας δείξῃ ἑαυτῷ μᾶλλον διαφέρειν τὸν κλῆρον, ἀπολυθῇ ὁ ποσσέσσωρ, ὁ ἅπαξ τῷ Πρίμῳ καταδικασθεὶς, οἷα δὴ μήτε νεμόμενος, μήτε κατὰ δόλον παυσάμενος νέμεσθαι. ἐπειδὴ ἐν δικαστηρίῳ ἡττηθεὶς αὐτῷ τῷ πράγματι, τουτέστιν, οὐ κατὰ συμπαιγείαν ἀποκαταστῆσαι τὴν κληρονομίαν, ἢ ὥσπερ δυνατόν

autem intervenit dicens se heredem esse, et possessor sponte adversus eum hereditatem defendit, id est cavit de judicato solvendo; deinde supervenit Secundus, qui etiam diceret hereditatem ad se pertinere, et simili modo hereditatis possessor sponte adversus eum hereditatem defendit, id est, satisdedit judicatum solvi: quibus ita peractis, Primus cum esset diligentior, hereditatem ab eo petiit, et judex pronuntiavit, hereditatem ad eum pertinere. Quaestionis fuit: an possessor post ejusmodi sententiam hereditatem deberet restituere Primo, qui egit perinde ac si Secundus non supernisset, neque adversus eum hereditatem possessor defendisset, hoc est, judicatum solvi non satisdedisset, ut scilicet si Secundus postea egerit, et ad se potius hereditatem pertinere procaverit, absolvatur possessor, quem Primus condemnavit, quia neque possideat, neque dolo desierit possidere, quod judicio re ipsa victus, id est, non collusorie, hereditatem restituerit. An, quia possit et Secundus alium vincere, non aliter Primus hereditatem debeat restituere, quam si cautum ei fuerit, quod agen-

ἐστι καὶ ἄλλον τὸν Σεκοῦνδον νικᾶν, οὐκ ἄλλως ὀφείλει Πρίμῳ ἀποκαταστῆσαι τὴν κληρονομίαν, εἰ μὴ ἀσφάλειά τις αὐτῷ δοθῇ, ὅτι κινοῦντος Σεκούνδου, δεφενδεύει πρὸς αὐτὸν τὴν κληρονομίαν, καὶ ἀζήμιον φυλάττει τὸν ποσσέσσωρα, πλὴν ἀλλὰ τούτων οὕτως ἐχόντων, βέλτιόν ἐστιν ὀφφικίῳ τοῦ δικάζοντος, ἢ διὰ καυτίονος, ἢ διὰ σατισδατίονος, πρὸς τὴν ἀπερίαν δηλονότι, ἢ ἀκίνητον κτῆσιν τοῦ νικήσαντος; θεραπείαν τινὰ καὶ ἀσφάλειαν προσγίνεσθαι τῷ ἡττηθέντι. μήτε γὰρ ἀγανακτείτω φησὶν ὁ Πρίμος τὴν τοιαύτην ἀπαιτούμενος καυτιόνα ἢ σατισδατίονα, ὁ πότε φυλάττεται οὐδὲν ἧττον Σεκούνδῳ κατ' αὐτοῦ τοῦ Πρίμου νερεδιτάτις πετιτίων, κἂν μὴ παράσχῃ τῷ ἡττηθέντι τὴν περὶ τῆς δεϊνοφ. ἀσφάλειαν."

te Secundo adversus eum hereditatem defendet, et possessorem indemnem praestabit? sed his ita se habentibus, melius est officio judicis cautione vel satisdatione, si scilicet immobilia possideat, aut non sit idoneus facultatibus, victo quodammodo mederi, partaque securitate ei consulere. Neque, inquit, indignetur Primus, quod ab eo cautio vel satisdatio exigatur, cum nihilominus Secundo adversus Primum salva sit petitio hereditatis, licet victo non caverit de inofficioso."

„Ὁ Ἰσιδωρός φησιν, ἅμα τοὺς δύο προκατάρξεσθαι, καὶ τὸν ἕνα ἀμελῆσαι. Θεόφιλός δε κατὰ διαφόρους καιροὺς αὐτοὺς λέγει προκατάρξεσθαι."

„Isidorus ait, duos simul litem fuisse contestatos, et unum destitisse: Theophilus autem diversis temporibus eos dicit litem contestatos fuisse."

Ich muß nun gestehen, daß ich der Ansicht des Theophilus den Vorzug gebe. — Die Hauptfrage, welche in unserer Stelle entschieden ist, ist die: ob der Beklagte gegen den ersten petitor, welcher bereits obgesiegt hat, die Ausfolge der Erbschaft aus dem Grunde verschieben könne, weil noch ein Zweyter gegen ihn die hered. pet. angestellt habe? und diese Frage ist nun dahin entschieden, daß er nach vorheriger Sicherheitsleistung dem ersten petitor die Erbschaft auszufolgen habe. In Betreff der Sicherheitsleistung bemerken jedoch die Scholien der Basilicen

l. s. c. p. 644.

auch hier, wie oben S. 452.

„Εἰ μὲν γὰρ ἀκίνητον ἔχει περιουσίαν, ἐξομοσίᾳ καταπιστεύεται, καὶ ψιλῇ καυτίονι· εἰ δὲ μή, τότε δίδωσιν ἐγγυητήν.“

„Si quidem immobilia possideat, committitur juratoriae cautioni, vel nudae cautioni, alioquin satisdat.“

(Hier endet der VII. Band von Glück.)

Tit. 4.

Si pars hereditatis petatur.

---

§. 573. S. 1—15.

Der vorliegende Titel handelt von dem Falle, wenn Jemand nicht die ganze, sondern nur einen Theil der Erbschaft anspricht. Will man nun diese hered. pet. particularis oder partiaria, im Gegensatz gegen die obige, welche dann die hered. pet. universalis oder totalis wäre, nennen, so habe ich nichts hiegegen einzuwenden, nur muß ich bemerken, daß diese Terminologie den Römischen Rechtsgelehrten fremd ist, und daß mir derjenige Unterschied, welchen Ulpian

Fr. 1. pr. D. h. t.

„Post actionem, quam proposuit Praetor ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit et ei proponere, qui partem hereditatis petit“ — aufstellt, besser gefällt. Ferner muß ich bemerken, daß man aus den Worten: post actionem, quam proposuit Praetor“ nicht schließen darf, als ob die hered. pet. vom Prätor herrühre, d. h. eine Prätorische Klage sey, denn wie ich unten bey der possessoria hered. petitio (Tit. 5.) zeigen werde, so wissen wir aus Gajus und Justinian's Institutionen, so wie aus der Paraphrase des Theophilus das Gegentheil. Was aber die obigen Worte eigentlich sagen wollen? ist in den Scholien der Basilicen zu dieser Stelle

L. XLII. tit. 2. Fr. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 654.)

ganz richtig angegeben:

„Εἴρηται πρότερον περὶ τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος ὅσα καὶ λέγειν ἐχρῆν. ἀλλ' ἐπειδὴ τὸν ταύτης συνέθηκε τύπον ὁ πραίτωρ τοῖς εἰς τὸ πᾶν οὖσι κληρονόμοις, συνέβαινε δὲ τοὺς μεριικοὺς κληρονόμους μὴ ἔχοντας ἕτερον τύπον ἀπορεῖν περὶ τὸ πρακτέον, ἢ ἀναγκάζεσθαι πλέον τοῦ ἁρμόζοντος αὐτοῖς μέρους ἀπαιτεῖν, καὶ ταῖς ἀπὸ τῆς πλοῦς πετιτίονος ἑαυτοὺς περιβάλλειν ζημίαις· ἀκόλυθον ἦν καὶ τοῖς μεριικοῖς κληρονόμοις προσθεῖναι παρτιαρίαν νερεδιτάτις πετιτίονα."

„De petitione hereditatis supra dicta sunt, quae necessario dicenda videbantur. Sed quia Praetor agendi formulam composuerat pro his, qui ex asse heredes essent: eveniebat autem, ut qui ex parte heredes essent, cum alia non suppeteret formula, quemadmodum agere deberent, haesitarent, aut etiam summa plus petere cogerentur, et plus petitionis periculum incurrerent: consequens fuit et eis, qui ex parte heredes essent, partiariam hereditatis petitionem proponere."

— denn es ist hier nur wieder von der an die Stelle der früheren legis actio getretenen formula die Rede. Nun bemerkt Ulpian weiter:

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Qui hereditatem vel partem hereditatis petit: is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo jure: et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem licet tu totam hereditatem possideas" — daß derjenige, welcher nur einen Antheil an der Erschaft anspreche, diesen nicht nach demjenigen, was der possessor besitze, sondern nach seinem eigenen Erbrecht oder Erbtheil zu bemessen habe. Diesen allgemeinen Satz erläutert er durch ein Beyspiel in dem

Fr. 1. §. 2. D. h. t.

„Quinimmo, si duo possideant hereditatem, et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli à singulis petere contenti esse debent, puta primus à primo, vel secundus à secundo, sed ambo à primo, et ambo à secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro herede. Et, si possessor et petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi

adserat: invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur: aut, si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit.“ — Gesetzt nehmlich, die Erbschaft, welche Zwey, und zwar Jeder zur Hälfte ansprechen, wird von zwey possessoribus besessen, so kann nicht der petitor A. gegen den possessor B. und der petitor C. gegen den possessor D. die hered. pet. anstellen, sondern die petitores A. und C. müssen beyde gegen jeden der possessorum B. und D. die hered. pet., und zwar jeder gegen jeden zur Hälfte anstellen, weil man nicht annehmen kann, daß der possessor B. gerade die dem petitor A. und der possessor D. die dem petitor C. gebührende Hälfte besitze. Sind beyde petitores zugleich possessores, z. B. A. besitzt drey Viertheile der Erbschaft, B. ein Viertheil, A. spricht aber die ganze, somit auch das Viertheil des B. und B. die Hälfte, also noch ein Viertheil von A. an, so haben sie die Wahl, entweder gegenseitig die hered. pet. oder die actio fam. ercisc. (vgl. unten den 2ten Titel des 10ten Buchs) anzustellen. Eine Ausnahme von der Regel, wonach der petitor partiarius, wie ich ihn Kürze halber hier nennen will, von jedem possessor den verhältnißmäßigen Theil des von ihm angesprochenen Erbschaftsantheils fordern müsse, enthält der

§. 3.

„Si ego ex parte me dicam heredem, cohaeres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus cohaeres haberet sua parte: utrum à solo extraneo, an vero et à cohaerede deberem petere hereditatem, quaeritur? Et Pegasus fertur existimasse, à solo extraneo me petere debere: eumque restituturum, quidquid possidet: et fortassis hoc officio judicis debeat fieri. Caeterum ratio facit, ut à duobus petam hereditatem, hoc est, et à cohaerede meo: et ille quoque dirigat actionem adversus exterum possessorem. Sed Pegasi sententia utilior est.“ — Setzen wir nehmlich folgenden Fall: A. und B. besitzen Jeder zur Hälfte die Erbschaft, C. behauptet nun, der B. sey nicht Erbe, den A. erkenne er aber als Erben zur Hälfte an, die übrige Hälfte gehöre ihm C. Nach jener Regel sollte nun C. den A. auf die Hälfte seiner Hälfte und den B. auf die Hälfte seiner

Hälfte belangen, und so wäre nun A. genöthigt, den B. auf die übrige Hälfte seiner Hälfte gleichfalls zu belangen. Hier aber war schon Pegasus der Meinung, daß ein solcher circulus in petendo denn doch ein circulus vitiosus sey, und daß, da der von dem petitor C. anerkannte Erbe A. nicht mehr besitze, als ihm ja nach dem eigenen Anerkenntniß des C. gebühre, dieser zu Abschneidung aller Weitläufigkeiten sich geradezu an den extraneus, d. h. an denjenigen, welchen er nicht als Erben anerkenne, halten, und von diesem die ganze von ihm besessene Hälfte fordern könne. Wie aber, wenn der extraneus possessor B. die von ihm besessene Hälfte der Erbschaft verschwendet hat, und nichts mehr bey ihm zu erholen ist, kann sich dann C. nicht mehr an den A. wenden, und von diesem die Hälfte von seiner Hälfte verlangen? Das Scholion der Basilicen

ad h. l. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 657.)

bejaht diese Frage. Es stützt sich aber auf das

Fr. 50. §. 1. D. de rei vind. (6, 1.)

wo Callistratus sagt: „Heres de eo, quod hereditati obvenerit, recte aget, etiam si possessionem ejus adhuc non habuerit.“ — Diese Stelle kann nun allerdings nicht zum Beleg des vorliegenden Satzes dienen, im Ergebniß selbst stimme ich jedoch mit dem Scholiasten, aber aus dem einfachen Grunde überein, weil ja A. nicht die ihm gerade gebührende Hälfte, sondern vielmehr die Hälfte der ganzen Erbschaft besitzt. Will man aber eine Analogie hiefür haben, so möchte wohl noch am besten Ulpian's oben S. 420 u. 421 abgedrucktes

Fr. 25. §. 15. D. de hered. pet. (5, 3.)

eine solche bieten. Etwas schwieriger scheint allerdings der Fall, dessen Ulpian im

Fr. 1. §. 4. D. h. t.

erwähnt, zu seyn: „Item si, cum me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi: qualiter agam? videamus. Et Labeo scribit: utique partem dimidiam me petere debere à singulis, sic fieri, ut à singulis sextantem consequar, et habebo bessem, quod verum puto: sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente,

quem possidebam, et ideo officio judicis invicem compensatio erit admittenda ejus, quod possideo, si forte coheredes sint, à quibus hereditatem peto“ — allein auch diese Schwierigkeit wird sich lösen, so bald wir diesen Fall auf ein gegebenes Zahlenverhältniß anwenden. Setzen wir den Fall, die Erbschaft besteht in baaren 300 fl., A. besitzt hievon 100 fl., B. 100 fl., C. 100 fl,, und zwar gleichviel, ob als heredes oder possessores. A. behauptet nun aber, daß ihm die Hälfte der ganzen Erbschaft und nicht bloß ein Drittel derselben gebühre, daß ihm also noch ein Sechstel der ganzen Erbschaft, somit im gegebenen Falle 50 fl. fehlen. Wie muß er nun klagen? Würde er von den B. und C. nur ein Sechstel ihres Drittheils ansprechen, so erhielte er nur zwey Sechstheile von zwey Dritttheilen, d. h. zwey Achtzehntel, während er drey Achtzehntel erhalten sollte. Im gegebenen Falle würde er also von jedem nur ein Sechtel von 100 fl. = 16 fl. 40 kr. von beyden also nur 2 × 16 fl. 40 kr. = 33 fl. 20 kr. erhalten, während er von ihnen zusammen 3 × 16 fl. 40 kr. = 50 fl., also von jedem 8 fl. 20 kr. weiter erhalten sollte. Auf das Sechstel vom Drittheil kann er daher nicht klagen, weil er hiedurch zu wenig erhalten würde. Ulpian rathet ihm also, er solle von jedem die Hälfte von seinem Drittheile in Anspruch nehmen, aber dann erhält er zu viel, denn es fehlen ihm ja im Ganzen nur 50 fl., gibt ihm aber B. die Hälfte von seinem Drittheile mit 50 fl. und C. die Hälfte von seinem Drittheile mit 50 fl., so hat er ja gerade 200 fl., somit ein Sechstel der ganzen Erbschaft zu viel, und somit muß er dem B. und dem C. zusammen wieder ein Sechstheil mit 50 fl., oder jedem 25 fl. herausgeben. Im vorliegenden Beyspiel würde also, um die gegenseitige Abrechnung zu vermeiden, A. besser thun, wenn er den B. und C. auf das Viertel ihres Drittels belangte, denn dann erhält er von B. ein Viertel von 100 fl. = 25 fl. und von C. ebenfalls 25 fl., im Ganzen 50 fl., also gerade, was ihm gebührt, und diesen letztern Rath würde ich Jedem, welcher sich in dem Falle unserer Stelle befindet, ertheilen, weil er der kürzeste Weg zum Ziele ist. Mit der Forderung des vierten Theils wird aber der petitor auch dann durchkommen,

wenn die possessores zu ungleichen Theilen besitzen. Setzen wir nehmlich den Fall, A. besitzt von den 300 fl. 100 fl., B. 150 fl. und C. nur 50 fl., A. spricht aber die Hälfte der Erbschaft an, dann fordert er von B. ein Viertheil von 150 fl. = 37 fl. 30 kr. und von C. ein Viertheil von 50 fl. = 12 fl. 30 kr., womit er um seine weitere Forderung von 50 fl. befriedigt ist. Nun belehrt uns Ulpian

Fr. 1. §. 5. D. h. t.

„Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus: utputa est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes: quam partem fratris filius hereditatis vindicet? incertum est: quia, quot edantur fratrum defuncti filii? incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi“ — daß es Fälle geben könne, in welchen auch wegen eines unbestimmten Antheils die hered. pet. partiaria angestellt werden könne, und hier bezeichnet er nun folgenden Fall. Von mehreren Brüdern starb einer, und hinterließ zu Erben einen Sohn eines vorverstorbenen Bruders. Zwey Wittwen von vorverstorbenen Brüdern aber waren schwanger. Hier läßt sich nun insolange, bis die Wittwen entbunden sind, unmöglich bestimmen: zum wie vielten Theil der Sohn des verstorbenen Bruders Erbe seyn werde? Dieser kann daher die hered. pet. nur auf einen unbestimmten Antheil an der Erbschaft seines Oheims richten, allein der Richter kann nicht auf einen unbestimmten Antheil erkennen, und welchen Maßstab nun dieser anzuwenden habe, gibt Paulus

Fr. 3. D. h. t.

an, denn nachdem er mehrere sehr abentheuerliche und mährchenhafte Beyspiele von Mehrgeburten erzählt hat, fährt er also fort: „Quid est ergo? Prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: id est, quia fieri poterat, ut tergemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint, τὸ γὰρ ἅπαξ, ἢ δίς, id est,

quod

quod enim semel aut bis exstitit, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, id est, praetereunt legislatores. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim haeres erit.“ — In dem obigen Falle Ulpian's würden also dem Neffen von der Erbschaft seines verstorbenen Oheims, wenn nur eine Wittwe eines vorverstorbenen Oheims sich schwanger befände, nur der vierte Theil der Erbschaft, weil sie Drillinge gebähren könnte, wenn aber zwey solcher Wittwen vorhanden wären, nur der siebente Theil zugeschieden werden können. Uebrigens bleibt diese Zuscheidung immer eine bloß provisorische, eine assignatio incertae partis, denn sie schadet ihm nicht, wenn etwa weniger, sie nützt ihm nichts, wenn etwa mehr Kinder von den gedachten Wittwen geboren würden, und die definitive Zutheilung bleibt also jedenfalls auf die Zeit der Entbindung festgesetzt, nach Ulpian

Fr. 4. D. h. t.

„Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere: si plures quam trés, decrescere de ea parte, ex qua haeres factus est.“ — Da aber, wo man bloß eine Schwangerschaft vermuthet, ohne bestimmte Anzeigen hievon zu haben, kann der Erbe, wenn er ein Descendent des Erblassers ist, seinen ganzen Antheil oder die ganze Erbschaft verlangen, und hat nicht nöthig, sich in seiner hered. pet. auf eine incerta pars zu beschränken. Denn dieß wohl und kein anderer ist der Sinn des Paulus in seinem

Fr. 5. pr. D. h. t.

„Illud sciendum est, si mulier praegnans non sit, existimetur autem praegnans esse, interim filium heredem esse ex asse.“ — Allein daß dieß nur auf Descendenten zu beschränken sey, ergibt sich aus dem

§. 1.

Idem est in extraneo, si ex certa portione haeres institutus sit, ex reliqua posthumi. Quod si forte ita institutio facta est, quotcunque mihi nati erunt, et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto: habebit haesitationem: nunquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit? Sed utilius est, posse eum adire, qui nescit portionem, si caetera,

quae oportet eum scire, non ignoret“ — indem dem extraneus, d. h. dem Nichtdescendenten der Anspruch auf den ganzen Erbtheil nur dann zusteht, wenn er mit möglichen posthumis in einen bestimmten Theil eingesetzt ist, z. B. der Erblasser hätte sich so ausgedrückt: mein Vetter A. solle zu einem Siebentheile, und meine etwaigen posthumi zu sechs Siebentheilen Erben seyn. Denn in diesem Fall ist ja der Antheil des Vetters A. ganz unabhängig von der Anzahl der posthumorum, dagegen aber, wenn sich der Erblasser so ausgedrückt hätte: mein Vetter A. und meine etwaigen posthumi sollen zu gleichen Theilen Erben seyn, muß A. die hered. pet. auf eine pars incerta nach den obigen Grundsätzen beschränken. Wenn aber Julian

Fr. 8. D. h. t.

„Permittendum erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere. Nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere“ — behauptet, daß es dem possessor erlaubt sey, einen Theil der Erbschaft dem petitor auszufolgen, und nur über einen andern Theil mit ihm zu streiten, so liegt dieß in der Natur der Sache. Gesetzt also also A, der die ganze Erbschaft besitzt, würde von dem B. mittest der hered. pet. auf Ausfolge der ganzen Erbschaft belangt, so könnte A, der sich inzwischen überzeugt hatte, daß B. wirklich zur Hälfte sein Miterbe sey, wohl sagen, daß er sich nunmehr überzeugt habe, daß B. zur Hälfte Miterbe sey, dagegen aber müsse er bestreiten, daß B. die ganze Erbschaft anzusprechen habe. Die Hälfte derselben trete er ihm ohne weitern Streit ab. Nun kommt aber eine etwas bedenkliche, in die Casuistik einschlagende Stelle des Paulus

Fr. 9. D. h. t.

„Cum multi heredes instituti essent, ex his unus in Asia erat, ejus procurator venditionem fecit, et pecuniam pro parte ejus abstulerat: postea apparuerit, eum, qui in Asia erat, antea decessisse, instituto ex parte dimidia herede procuratore suo, et ex parte, alio. Quaesitum est, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda

esset? Responsum est, ab eo qui procurator ejus fuisset, totam hereditatem, quia ex hereditate ea pecunia fuisset, quae ad procuratorem ex venditione pervenisset, petere eos oportere: et nihilominus partem dimidiam hereditatis à cohaeredibus ejus: ita fore, sive omnis ea pecunia penes eum, qui procurator fuisset, resideret, ut omnem per judicem ab eodem recuperarent: sive is partem dimidiam cohaeredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte, et ex dimidia cohaeredes ejus condemnarent" — welche in den Baſilicen

L. XLII. tit. 2. Fr. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 652.)

alſo gefaßt iſt:

„Πολλῶν γραφέντων κληρονόμων, ὧν εἷς ἐν Ἀσίᾳ διῆγε. Φροντιστὴς τῶν πραγμάτων αὐτοῦ, τὸ μέρος αὐτοῦ ἔλαβε, καὶ πέπρακεν. εὑρέθη δὲ οὗτος ὁ ἐν Ἀσίᾳ προτελευτήσας, ἐνστησάμενος τὸν ἴδιον Φροντιστὴν, καὶ ἄλλους· οἱ συγκληρονόμοι τοῦ ἐν Ἀσίᾳ τελευτήσαντος, κατὰ τοῦ Φροντιστοῦ αὐτοῦ κινοῦσι περὶ ὧν ἔλαβεν, εἴγε ἔμεινεν ἔχων αὐτά· εἰ δέδωκε τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ τὸ ἥμισυ, εἰς ἀνὰ ἥμισυ ἐνάγονται."

„Cum multi heredes instituti essent, ex his unus in Asia erat. Ejus procurator partem ejus percepit, et vendidit. Postea apparuit, eum, qui in Asia erat, antea decessisse instituto procuratore suo, et alio: coheredes ejus, qui in Asia decessit, à procuratore ejus pecuniam petunt, quam abstulit, si quidem penes eum resedit. Si vero coheredi suo partem dimidiam reddidit, ipse ex dimidia parte, et ex dimidia coheres ejus condemnatur."

Wir müſſen uns nun den Fall ſo denken: der mit Andern eingeſetzte Erbe in Aſien hatte Jemand, der ſeine Geſchäfte in Rom z. B. beſorgte, aufgeſtellt, und dieſem ſchon früher und zu ſeinen Lebzeiten (denn daß der procurator erſt nach dem Erbſchaftsanfall, den er ja gar nicht mehr erlebt hat, aufgeſtellt worden ſey, anzunehmen, dieß wäre ja in jeder denkbaren Beziehung Unſinn) aufgeſtellten General-Agenten, oder wie er ſonſt heißen mag, wurde nun ſein Erbtheil ausgefolgt. Zeigt ſich nun erſt nachher, daß der abweſende Erbe den Erbſchaftsanfall gar nicht erlebt, und ſeinen General-Agenten nebſt Andern zu Erben eingeſetzt hat, ſo entſteht die Frage: müſſen die

Erben des Abwesenden oder nur sein General-Agent mit der hered. pet. belangt werden? — Hierauf erwiedert nun Paulus: Nur Letzterer, wenn er die ihm eingehändigte Erbschaft noch nicht mit seinen Miterben vertheilt hat, ist aber dieß bereits geschehen, auch die Ersteren. Dasselbe würde aber nicht der Fall seyn, wenn der General-Agent nicht Erbe des Abwesenden gewesen wäre, denn dann könnte er nur mit der actio mandati und nicht mit der hered. pet. belangt werden. In die Casuistik gehört ferner Papinian's

Fr. 10. D. h. t.

„Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hereditatis, nomine patris, ut absentis, administraverit: et pecunias, distractis rebus, acceperit: hereditas ab eo peti non potest: quia neque pro herede, neque pro possessore pretia possidet, sed, ut filius patris negotium curavit. Negotiorum autem gestorum actio caeteris cohaeredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, à quo forte exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit: cum id, quod administravit, non fuerit paternae hereditatis. Nam et si negotiorum gestorum actio sit ei, cujus nomine perceptum est, ei, cujus nomine, restitui aequum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternae successionis, quae fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres extitit, et movet controversiam, quod pater ejus, postquam heres extitit, mortem obierit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur, quoniam tamen, qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor convenitur: idem etiam in hoc filio respondendum erit.“ — Wir müssen uns vor allen Dingen den Fall, von welchem Papinian handelt, versinnlichen. — Ein Vater wurde von Jemand zum Erben eingesetzt, und weil er abwesend war, sein Erbtheil seinem Sohne ausgehändigt. Der Vater war jedoch bereits vor dem Erbschafts-Anfall gestorben, der Sohn aber, welchem der Tod seines Vaters

unbekannt war, verwaltete diese Erbschaft Namens seines vermeintlich nur abwesenden Vaters. Nun fragt sich: mit welcher Klage kann der Sohn von den Erben desjenigen, welcher seinen Vater nebst Andern zu Erben eingesetzt, und dessen Tod sein Vater nicht mehr erlebt hatte, belangt werden? Papinian erwiedert hierauf: nicht mit der hered. pet., denn er hat ja weder pro herede noch pro possessore, sondern lediglich als der Geschäftsführer seines Vaters besessen. Die Klage also, welche von den Erben desjenigen, welcher auch seinen verstorbenen Vater zum Erben eingesetzt hatte, gegen ihn angestellt werden kann, ist keine andere als die der negotiorum gestorum. Von seinen Miterben aber kann der Sohn auch nicht einmal mit dieser belangt werden, weil er nicht die Erbschaft seines Vaters, sondern eine fremde verwaltet hat. Wie aber, wenn nun der Sohn, welcher bisher den Erbtheil Namens seines vermeintlich nur abwesenden Vaters verwaltete, jetzt auf einmal diesen Erbtheil selbst als Erbe seines Vaters anspricht, und behauptet: daß sein Vater den Erbschaftsanfall noch erlebt habe, dann ist die Frage bedenklicher. Auf der einen Seite könnte man nehmlich behaupten, daß, da der Sohn auch durch jene Behauptung den Grund seines früheren Besitzes nicht verändern könne, nach dem bekannten Grundsatze

Fr. 3, §. 19. D. de acq. vel amitt. poss. (41, 2.)

„Neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse“, auch hier nur die actio negotiorum gestorum Statt finden könne. Auf der andern Seite aber kam bey Papinian in entscheidenden Betracht, daß der negot. gestor ja debitor hereditarius sey, der debitor hereditarius aber, wenn er aus dem Grunde, weil er selbst Erbe zu seyn behaupte, das debitum verweigere, mit der hered. pet. belangt werden könne (vgl. oben S. 369 u. 370), somit auch im vorliegenden Falle der Sohn mittelst der hered. pet. wohl belangt werden könne.

Tit. 5.

De possessoria hereditatis petitione.

---

§. 573. S. 15—20.

Zur Erläuterung dieses Titels muß ich mich lediglich auf dasjenige berufen, was ich in meiner Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 109. S. 232—238.

bereits ausgeführt habe, und was ich hier nur kurz zusammenfassen will, „Gajus

L. IV. §§. 110. u. 111.

wo er von den prätorischen Klagen handelt, und was beynahe wörtlich in das

pr. I. de perp. et t. act. (4, 12.)

aufgenommen wurde, sagt: §. 110. „Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege, Senatusveconsultis, proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare: eas vero, quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare. §. 111. Aliquando tamen Praetoriae actiones imitantur jus legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus caeterisque, qui heredis loco sunt, accommodat“ — und zur Erläuterung dieser Stelle dient sein

Fr. 2. D. h. t.

„Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest“ — sodann die Paraphrase des Theophilus zu der angeführten Institutionen-Stelle

Ed. *Reitz*. Tom. II. p. 871.

„Οἶδας γὰρ, ὅτι ὁ bonorum possessor ἀπὸ τοῦ πραίτωρός ἐστι διάδοχος, ἄγνωστος οὖν τῇ πολιτικῇ νομοθεσίᾳ, ὅστις πλαγιαστικῶς ἐνάγει καὶ ἐνάγεται· ἐπειδὴ οὖν αἱ τοῖς πολιτικοῖς διαδόχοις, τουτέστι τοῖς κληρο-

„Scis enim bonorum possessorem praetorium esse successorem, qui juri civili incognitus sit, quique oblique agat et conveniatur: quoniam igitur actiones, quae successoribus civili-

νόμοις, παρεχόμεναι ἀγωγαὶ περπετοῦαί εἰσιν, ὅ δε bonorum possessor, καὶ πᾶς μιμούμενος κληρονόμον, ὁποῖός ἐστιν ὁ Τρεβελλιάνιος, Φιδειϊκομμισσάριος, ἐπειδὴ διὰ τῆς πλάσεως περιτιθέασιν ἑαυτοῖς τὸ τοῦ κληρονόμου ὄνομα· ἵνα διὰ πάντα ἡ πλάσις ἀληθὴς εὑρεθῇ, ἀναγκαῖον ἐνόμισεν, ὥσπερ τὰς τοῖς κληρονόμοις, οὕτω καὶ τὰς τοῖς bonorum possessoribus ἁρμοζούσας ἀγωγὰς εἶναι περπετούας."

bus, id est heredibus, dantur, perpetuae sunt; ast bonorum possessor, et omnis, qui heredem imitatur, qualis est fideicommissarius Trebellianus, quoniam sibi per fictionem nomen heredis imponunt: ut per omnia fictio videatur vera, necessarium duxit Praetor, uti heredibus, ita et bonorum possessoribus, competentes actiones esse perpetuas."

Wir sehen nun hieraus, daß die possessoria hered. pet. eigentlich keine prätorische Klage war, und daß sie nur insofern eine solche genannt werden konnte, als der Prätor die hered. pet. civilem auch dem bonorum possessor ertheilte, was eine Folge der Fiction war, daß der bonorum possessor als heres anzusehen sey. Nur insofern war sie also eine prätorische Klage, als sie der Prätor erst dem bonorum possessor ertheilte, in allen übrigen Beziehungen aber fand zwischen der pet. hered. civilis und der possessoria kein Unterschied Statt.

Tit. 6.

De fideicommissaria hereditatis petitione.

---

§§. 574 u. 575. S. 21—25.

Vorerst möchte hier die Frage entstehen: Ob es dann bey dem heres fideicommissarius noch einer besonderen fideicommissaria hereditatis petitio bedürfe? Der bonorum possessor, welcher wenigstens dem Namen nach nicht heres war, hatte freilich eine besondere hered. pet. possessoriam nöthig, aber der heres fideicommissarius, sollte man denken, welcher doch dem Namen und der Sache nach Erbe

sey, bedürfe keiner besondern hered. pet. Ich gebe zu, daß mit dem neueren und Justinianeischen Recht die fideicommissaria hered. petitio als gefallen betrachtet werden könnte. Allein man muß erwägen, daß die Fideicommisse, wie uns der

§. 1. I. de fideic. hered. (2, 23.)

belehrt, dem jus civile ursprünglich fremd waren, daß ferner nach Gajus

L. II. §. 252.

„(Olim autem nec) heredis loco erat, nec legatarii, sed potuis emtoris“ (zu vergleichen hierüber ist auch die Paraphrase des Theophilus zu

§. 3. I. de fideic. hered. (2, 23.) (Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 491. u. 492.)

und daß erst nachher eintrat, was der

§. 3. I. de fideic. hered. (2, 23.)

und seine dießfallsige Quelle, nehmlich die Commentarien des Gajus

L. II. §. 251.

sagen: „aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur.“ Daß nun unter diesen Umständen der heres fideicommissarius die ex jure civili entsprungene hered. pet. nicht hatte, und man ihm eine besondere fideicommissariam ertheilen mußte, leuchtet wohl von selbst ein. Tiefer in diese Sache einzudringen, ist jedoch hier um so weniger der Ort, als hiezu der erste Titel des 36sten Buchs die geeignete Gelegenheit bietet. So wird uns nun aber Ulpian's

Fr. 1. D. h. t.

„Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, quibus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex Senatuseonsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit“ — nicht befremden, und ich will hier nur ganz kurz bemerken, daß das SCtum, ex quo actiones transeunt, kein anderes als das SCtum Trebellianum ist, von welchem gerade der obengedachte Titel des 36sten Buchs handelt, auch wird es wohl nicht befremden, wenn Paulus

Fr. 2. D. h. t.

„Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis“ — bemerkt, daß sich die fideicommissaria hered. pet.

von der hered. pet. civilis in Beziehung auf ihren materiellen Gehalt gar nicht unterscheide. Etwas undeutlich ist jedoch Ulpian's

Fr. 3. pr. D. h. t.

„Nec interest, mihi quis rogatus fuerit restituere, an heres cui extitisset. Et si bonorum possessor sim ejus, cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor, per hanc actionem experiri poterim" — wenigstens im Eingang gefaßt, allein die Fassung des Eingangs in den Basilicen

L. XLII. tit. 2. Fr. 14. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 654.)

ist deutlicher:

„Ἀδιάφορον εἴτε ἐμοί τις ἐκελεύθη ἀποκαταστῆσαι, ἢ ᾧ τινι γέγονα κληρονόμος."	„Nec interest, mihi quis jussus fuerit restituere, aut cui heres exstitero."

Der Erbe des Fideicommissars hat sich nehmlich gleichfalls der fideicommissaria hered. pet. zu bedienen, desgleichen bedient sich derselben derjenige, welcher bonorum possessor des fideicommissarius ist, und unter dem alius successor kann ich mir keinen andern als den fideicommissarius successor denken, wenn nehmlich der petitor heres fideicommissarius des heredis fideicommissarii ist. Endlich aber bemerkt noch Ulpian

Fr. 3. §. 1. D. h. t.

„Hanc actionem sciendum est adversus eum, qui restituit hereditatem, non competere" — daß der heres fideicommissarius gegen den heres fiduciarius sich dieser Klage Behufs der Ausfolge der fideicommissarischen Erschaft nicht bedienen könne. Fragt man nun aber: welches Rechtsmittel dann in diesem Fall Platz greife? so muß ich hier gleichfalls, um nicht in eine ganz fremdartige Materie zu gerathen, die Beantwortung dieser Frage auf die Lehre von den Fideicommissen ersparen.

Sechstes Buch.

Tit. 1.

De rei vindicatione.

und

Tit. 2.

De Publiciana in rem actione.

§§. 576—599. S. 26—377.

Warum ich hier zwey Titel zusammennehme, wird im Verfolge klar werden. Vorläufig habe ich nun hier die neuere Litteratur anzugeben.

Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegii der Universität Heidelberg. I. Band. Heidelb. 1808. S. 299 u. 300.

Krazer, über den Beweis des Eigenthums. Wien 1810.

Gesterding, ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum. Greifswalde 1817. §§. 41—57. S. 309—399, und hiezu dessen Abhandlung „vom Beweis der Eigenthums-Klage" (in dessen Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 2ter Theil, Greifswalde 1827. S. 435—443.)

Borst, ein paar Worte zur nähern Berichtigung des Satzes: daß bey Realklagen die Angabe des entfernten Klagegrundes nicht nöthig sey (im Archiv für die civilistische Praxis. I. Bd. Heidelb. 1818. S. 174—180.)

Ballhorn Rosen, über Dominium. Lemgo 1822.

du Roi, „Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio etc." (im ged. Archiv. VI. Band. Heidelb. 1823. S. 252—310. u. S. 386—440.)

Thibaut, über den Beweis der Eigenthumsklage (im ged. Archiv, VI. Band. Heidelb. 1823. S. 311—337.)

Unterholzner, Beytrag zu den Untersuchungen über den Beweis der Eigenthumsklage (im ged. Archiv. VII. Band. Heidelb. 1824. S. 233—242.)

Backe, Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat, Diss. Berol. 1825.

Henschel, über den Beweis der Eigenthumsklage (im ged. Archiv IX. Band. Heidelb. 1826. S. 316—347.)

Falkenstein, Beytrag zur Theorie vom Beweise der Eigenthumsklage (im ged. Archiv. X. Band. Heidelb. 1827. S. 226—244.)

Unterholzner, über die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklage (im Rheinischen Musäum für Jurisprudenz. I. Band. Bonn 1827. S. 129—157.)

Heimbach, de dominii probatione ex principiis juris tam Romani quam Saxonici. Lips. 1827.

Puchta, über die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die exceptio rei judicatae (im Rheinischen Musäum. Berlin 1828. II. Band. S. 251—274.)

Pugge, kann eine res nec mancipi im bonitarischen Eigenthum stehen (im ged. Musäum a. a. O. S. 292—299.)

Heffter, über die causa adjecta s. expressa bey Vindicationen (im ged. Musäum III. Bd. Bonn 1829. S. 222—238.) und hiezu die Erwiederung von Puchta (a. a. O. S. 467—487.)

Zimmern, über das Wesen des bonitarischen Eigenthums (im o. a. Musäum a. a. O. S. 311—364.)

Schilling, Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Leipz. 1829. S. 58—69.

Pütter, die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten, aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen. Berlin 1831. S. 76—120.

Kritz, Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechts. I. Band. Ueber die Vindication und die Publicianische Klage. Dresden und Leipzig 1831.

Mayer, über das dominium duplex des Römischen Rechts, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. VIII. Band. Berlin 1832. S. 1—80.

Buchholz, worin unterscheidet sich die hereditatis petitio und rei vindicatio? (in dessen juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Römischen Rechts. Königsb. 1833. S. 1—26.)

Unterholzner, zur Lehre vom sogenannten bonitarischen Eigenthum (im Rheinischen Musäum. V. Band. N. Rh. Musäum I. Band. Göttingen 1833. S. 1—25.)

Sodann sind hierüber noch nachzusehen:

Ribbentropp, in den Göttingischen gelehrten Anzeigen von 8. 1828. S. 827 ff.

Mayer (in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft IV. Band. Tübingen 1828. S. 65—76.) und

Puchta in den Erlanger Jahrbüchern der juristischen Literatur. IV. Band. S. 134 ff.

Daß die vorliegenden beyden Titel zu den schwierigsten gehören, wird der Erfolg zeigen. Besonders schwierig werden sie aber dadurch, daß sie so Vieles voraussetzen, was früher, und zwar im Zusammenhange, hätte vorgetragen werden sollen, und nun erst nachher, und zwar wieder zerstreut, vorkommt. Vor allen Dingen ist nöthig zu

wissen: was versteht man unter Eigenthum? Daß dem deutschen Wort „Eigenthum" das Römische Wort „dominium" vollkommen entspreche, dieß ist einer der wenigen unbestrittenen Sätze, welche ich hier voraussetzen kann. So viel auch schon über den Begriff von Eigenthum geschrieben worden ist, so möchte ich doch wohl Jeden fragen, namentlich aber auch den Ungebildetsten, denjenigen, welchem die Rechtswissenschaft durchaus und in jeder Beziehung fremd ist, worin er dann eigentlich seine, d. h. seine eigenen Sachen von fremden Sachen, von Sachen, welche nicht sein eigen sind, unterscheide? und gewiß wird er von selbst auf das entscheidende Merkmal verfallen, daß er über seine eigenen Sachen frey und nach Willkür verfügen kann, über fremde nicht. Wenn ich nun das Wort „Eigenthum" so erkläre, daß es das Recht sey, „über eine Sache frey und nach Willkür zu verfügen", so wird wohl hiedurch das wesentliche Merkmal angegeben, und die Erklärung in dieser Beziehung als richtig zu betrachten seyn. Ob aber auch als erschöpfend? dieß ist eine andere Frage. Durch diese Erklärung ist nehmlich das, daß kein Anderer über diese Sache verfügen könne, von selbst ausgeschlossen, denn wenn ich über eine Sache frey und nach Willkür verfügen kann, so ist das Verfügungsrecht jedes Andern, welches etwa dem Meinigen störend in den Weg treten könnte, von selbst ausgeschlossen. Nur bey dem Miteigenthum ist noch ein Mit-Verfügungsrecht denkbar, aber hier kann nur der Gesammtwille der einzelnen Miteigenthümer entscheiden, und in Beziehung auf die im Eigenthum mehrerer — im Miteigenthum — befindlichen Sachen stehen die verschiedenen Eigenthümer in einer Personeneinheit zu einander. Jeder Einzelne ist nur Miteigenthümer, Eigenthümer ist nur die Gesammtheit sämmtlicher Miteigenthümer. Man wird mir aber einwenden, daß meine Erklärung zu weit sey, es gebe nehmlich doch gewisse Sachen, welche entschiedenes Eigenthum seyen, und über welche dann doch der Eigenthümer nicht frey und nach Willkür verfügen könne. Ich gebe dieß zu, denn so wird z. B. der Apotheker, welcher eine beträchtlche Quantität Arsenik besitzt, diese Quantität wohl nirgends an Jeden, der ihm etwa den höchsten Preis hiefür bietet, oder wohl gar im Aufstreich selbst in kleine-

ren Quantitäten verkaufen können. Hier ist also jedenfalls der Apotheker in seinem Eigenthum beschränkt. Man wird mir aber ferner einwenden, daß sogar Fälle denkbar seyen, wo der Eigenthümer gezwungen werden könne, über sein Eigenthum auf eine bestimmte Weise zu verfügen. So wird z. B. Niemand leugnen, daß Güterbesitzer gezwungen werden können, ihre Felder anzubauen, daß sie ferner zum Anbau derselben mit bestimmten Fruchtarten gezwungen werden können. So ist ferner z. B. der Waldeigenthümer in der Benützung seines Waldes durch forstpolizeiliche Gesetze auf verschiedene Weise beschränkt. Soll daher meine Erklärung auch erschöpfend seyn, so muß ich noch hinzusetzen: insoferne nicht durch gebietende oder verbietende Gesetze die freie Verfügung desselben beschränkt ist. Eigenthumsrecht nenne ich also das Recht, über eine Sache frey und nach Willkür zu verfügen, insofern nicht das Verfügungs-Recht durch gebietende oder verbietende Gesetze beschränkt ist. So gestellt wird nun auch meine Erklärung der Florentin's von libertas, welche auch der

§. 1. I. de jure pers. (1, 3.)

aufgenommen hat

Fr. 4. pr. D. de statu hom. (1, 5.)

„Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur", entsprechen. Ob übrigens so aufgefaßt mit dem Ausdruck „dominium", „Eigenthumsrecht" das frühere deutsche Wort „Gewehre" nicht identisch seyn dürfte? dieß zu untersuchen würde mich hier zu weit führen. Aber meine Ansicht, welche die bejahende ist, erlaube ich mir hier auszusprechen. Von dem Begriffe des Eigenthums gehe ich nun zur Eigenthums-Erwerbung über. — Daß Eigenthums-Recht nur an körperlichen Sachen Statt finden könne, habe ich in meiner Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 2. S. 1 u. 2.

bereits erwiesen, und dort schon bemerkt, daß sich Eigenthumsrecht an zwey verschiedenen Arten von Sachen, nehmlich

a) an solchen, welche früher in Niemands — und

b) an solchen, welche früher schon in eines Andern Eigenthum waren, — erwerben lasse. Dieß vorausgesetzt, so

ist nun die Art und Weise, auf welche Eigenthumsrecht erworben werden kann, durch Gesetze oder besondere Rechtsnormen geregelt. Nur diejenige Sache, welche auf eine dem Gesetz oder der Rechtsnorm entsprechende Weise erworben worden, ist als Eigenthum des Erwerbenden anzusehen. Dieß ist es, was Gajus in seinen Commentarien

L. II. §. 40.

in folgendem Satze ausdrückt: „Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur“ — ausdrücken wollte. Ursprünglich hatte nehmlich das römische Recht den Grundsatz: daß wer nicht auf eine dem jus civile, nehmlich dem jure proprio Romanorum (vgl. meine oben angeführte Schrift

§. 4. S. 3. u. 4.)

eine Sache erworben habe, auch nicht als Eigenthümer derselben anzusehen sey. Nun liegt es aber schon in der Natur der Sache, daß die Erwerbungsarten bey den verschiedenen oben schon bezeichneten Arten von Sachen verschieden seyn mußten. Anders mußten die Sachen, welche früher in Niemands, anders diejenigen, welche früher in eines Andern Eigenthum waren, erworben werden. Für die erstere Art kannte nun das Römische Recht bloß Eine Erwerbungsart, nehmlich die Ergreifung derselben in der Absicht, sie als Eigenthum zu erwerben. Denn wenn ich eine solche Sache nicht in der Absicht, um sie als Eigenthum zu erwerben, ergreife, z. B. einen Vogel fange, nur um ihn näher zu betrachten, und ihn, nachdem ich ihn näher betrachtet habe, wieder fliegen lasse, so ist keine Ergreifung im rechtlichen Sinne des Worts, sondern bloß im grammatischen Sinne desselben vorhanden. Die Ergreifung im rechtlichen Sinne des Worts aber nannten die Römer occupatio, während die Ergreifung im bloßen grammatischen Sinne des Worts dem Ausdruck „adprehensio“ entsprechen würde. Von der Occupation aber habe ich schon in der oben angeführten Schrift

§. 3. S. 2. u. 3.

gehandelt. Weil aber nun das Eigenthum an einer Sache, welche noch keinen Eigenthümer hatte, nur durch Occupation

erworben werden konnte, und diese schon in der Natur der Sache lag, auch gerade der Act der Occupation nicht mit Förmlichkeiten beladen, und eben deßwegen überall und bey allen Nationen gleich und gleich formlos behandelt wurde, so drückten sich das Römische Recht und die Römischen Rechtsgelehrten dahin aus: daß der occupatio eine naturalis ratio zu Grunde liege, d. h. nichts Anderes, als daß das Römische Recht es bey dieser, in der Natur der Sache liegenden, und eben deßwegen überall auf gleiche Weise Statt findenden Erwerbungsart lediglich belassen habe, worüber ich mich auch auf die angeführte Schrift

§. 4. S. 3—5.

beziehe. Nun ist mir gar wohl bekannt, daß in den neuesten Zeiten viel darüber gestritten, ja ich möchte fast behaupten, zur herrschenden Ansicht geworden ist, daß die occupatio kein modus acquirendi juris civilis sey, und ich habe auch schon in meiner oben angeführten Schrift

§. 5. S. 5 u. 6.

die für diese Ansicht angeführten Gründe widerlegt, allein einen Hauptgrund muß ich noch beyfügen, nehmlich den: Wenn man annimmt, daß durch Occupation nur ein dominium bonitarium (wovon freilich erst unten die Rede seyn kann) erworben würde, was würde dann die Occupation in der frühern Periode, wo es noch gar kein dominium bonitarium gab, bewirkt haben? Offenbar nichts, denn wenn sie nicht ein dominium Quiritarium, oder das damals bestehende unum dominium bewirkte, gab es auch keine Occupation, und diese entstand erst alsdann, als neben dem dominium quiritarium noch ein bonitarium entstand, oder sich das frühere unum dominium in zwey verschiedene Arten gespalten hatte. Ich kann mich daher auch nie davon überzeugen, daß die Occupation nur ein dominium bonitarium bewirkt habe, und in der That beruht auch die entgegengesetzte Ansicht lediglich auf einer Verwechslung der Erwerbung des Eigenthums an solchen Sachen, welche früher keinen Eigenthümer hatten, mit der Erwerbungsart derjenigen, welche früher schon in eines Andern Eigenthum waren. Nun fragt sich aber: auf welche Weise konnte dann in der frühern Periode des Rö-

mischen Rechts, in welcher es nur Ein dominium gab, dieses Eine dominium an solchen Sachen, welche früher in eines Andern Eigenthume waren, erworben werden? und hierauf erwiedert nun uns das Römische Recht Folgendes. Hier müsse man zwischen den rebus mancipi und den rebus nec mancipi unterscheiden. Was res mancipi und nec mancipi waren? habe ich bereits in meiner o. a. Schrift

§. 17. S. 22—26. §§. 19. u. 20. S. 27—35.

gezeigt. Res mancipi konnten nun bloß durch mancipatio

§. 7. S. 7—9. a. a. O.

oder in jure cessio, oder in deren Ermangelung durch usucapio

a. o. a. O. §. 8. S. 9. u. 10. §. 27. S. 42. u. 43.

res nec mancipi oder auch durch traditio

a. a. O. §. 16. S. 19—22.

erworben werden. — Somit waren also in der früheren Periode, in welcher es nur Ein dominium gab, verschiedene Arten der Erwerbung dieses Einen dominii vorhanden. Nehmlich

a) für solche Sachen, welche früher keinen Eigenthümer hatten, die Ergreifung — occupatio —

b) für solche Sachen, welche früher schon einen Eigenthümer hatten, und zwar

α) insofern sie res mancipi waren, die mancipatio und in jure cessio und in deren Ermangelung die usucapio;

β) bey rebus nec mancipi (welche freilich auch nach Belieben mancipirt, oder in jure cedirt werden konnten, wie ich in meiner oben angeführten Schrift

§. 19. S. 27—32.

gezeigt habe) aber die traditio, und in Beziehung auf die Eigenthums-Erwerbung stand derjenige, welcher eine rem nullius occupirt hatte, und derjenige, welchem eine res nec mancipi bloß tradirt war, demjenigen, welchem eine res mancipi mancipirt oder in jure cedirt war, oder welcher sie in deren Ermangelung usucapirt hatte, völlig gleich. Wer aber eine rem mancipi sich nicht mancipiren oder in jure cediren ließ, der hatte, so lange er die Sache noch nicht usucapirt hatte, kein Eigenthumsrecht erworben. Hatte also z. B. Jemand ein rem mancipi erkauft, und war sie ihm von dem Verkäufer bloß tradirt worden, so blieb ja der Verkäufer immer noch dominus. Der Verkäufer als dominus

konnte

konnte also auch die verkaufte Sache wieder von dem Käufer zurückfordern, war die Sache dem Käufer abhanden gekommen, und wußte er auch den Besitzer, so konnte er ja doch nicht klagend gegen ihn auftreten, denn die rei vindicatio konnte er nicht anstellen, weil diese das dominium Quiritarium voraussetzte, ein solches aber bey den rebus mancipi durch Tradition nicht erworben werden konnte.

a. o. a. O. §. 21. S. 35 u. 36.

Nur dann, wenn derjenige, welchem eine res mancipi bloß tradirt worden, sie, wenn es eine unbewegliche Sache war, zwey, wenn es eine bewegliche Sache war, ein Jahr lang besessen hatte,

a. o. a. O. §. 35. S. 51 u. 52.

wurde, wie uns Gajus

L. II. §. 41.

berichtet: „Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, set tandum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est, et in bonis, et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea (*tibi*) mancipata, vel in jure cessa (*esset*)“ — es so angesehen, als ob ihm die bloß tradirte res mancipi mancipirt, oder in jure cedirt worden wäre. Denn jetzt hatte er durch usucapio, d. h. durch fortgesetzten Besitz das Eigenthumsrecht, nehmlich das unum dominium das dominium civile oder Quiritarium erworben. Dieß ist nun die erste Periode des Römischen Rechts in Beziehung auf Erwerbung des Eigenthums-Rechts. — Wie lange nun diese Periode dauerte, und wann sie sich endete? vermag ich chronologisch nicht zu bestimmen, daß sie aber so lange dauerte als die legis actiones (S. 115 u. 116), dieß ersehen wir aus Gajus Commentarien

L. IV. §. 11.

„Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.“ — Die Legis actiones aber wurden, wie uns Gajus berichtet

l. c. §. 30.

„Per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones“ — erst durch die Lex Aebutia und duas Julias aufgehoben. Die Lex Aebutia scheint nehmlich ihnen den ersten Stoß beygebracht, und die duae Juliae den Todesstoß gegeben zu haben, aber über das Alter dieser Legum haben wir nur Vermuthungen, und können, da die Nachricht des Gajus ganz vereinzelt steht, auch nur Vermuthungen haben. — Aus dem Grabe der Legis actionum erhoben sich nun aber die Edicte der Prätoren, und erst unter ihrem Schutze konnte das sogenannte dominium bonitarium entstehen, das in bonis esse, wie Gajus

L. II. §. 40.

sagt: „Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit ex jure Quiritium esse dominus, alius in bonis habere.“ — Der Prätor nehmlich war es, welcher denjenigen, welchem eine res mancipi nicht mancipirt oder in jure cedirt, sondern bloß tradirt worden, gegen die Angriffe des Tradenten schützte. Er ertheilte ihm die exceptio rei traditae, von welcher die in den Digesten

L. XXI. tit. 3.

noch vorkommende exceptio rei venditae et traditae gewiß nur eine besondere Art war. Hiedurch hatte er nun bereits etwas gewonnen. Aber wenn ihm die Sache abhanden gekommen war, so konnte er immer noch nicht dieselbe vindiciren, weil er kein Eigenthumsrecht, kein dominium Quiritarium hatte, der Prätor ertheilte ihm aber auch in dieser Beziehung Rechtsschutz. Hierüber hat uns Gajus in seinen Commentarien eine sehr wichtige Nachricht aufbewahrt

L. IV. §. 36.

„(*Ejusdem generis est actio Publiciana.*) Datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: *judex esto; si quem hominem Aulus Agerius emit * * et traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex*

jure Quiritium esse oporteret, et reliqua.“ — Daß nun die Lücke in der Formel zwischen „emit“ und „ei“ nach

Huschke, Studien des Römischen Rechts. I. Band. Breslau 1830. S. 312.

mit „et is“ auszufüllen sey, daran zweifle ich nicht im Mindesten, auch stimmen die Siglen nach Blume „*emitts*“ vollkommen mit dieser Lesart überein, denn das an das Wort „emit“ angehängte t und s wird wohl am natürlichsten als eine Abkürzung des et und is angesehen. Weit einfacher und natürlicher wenigstens ist dieß, als wenn Hefftter

Gaji, JCti Institut. Comment. IVtus. Berol. 1827. p. XIX.

das „t“ in „tum“ verwandelt, oder statt dem „t“ ein „i“ annimmt, und hieraus ein „inde“, aus dem „s“ aber „si“ heraus interpretirt. Doch über diese Fiction des Prätors, welche wir jetzt unter dem Namen actio (früher nannte man sie wohl formula) Publiciana kennen, finden wir noch eine sehr schätzbare Nachricht in den

§. 4: I. de act. (4, 6.)

„Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emtionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum), et necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet, sed quia sane durum erat, casu deficere actionem, inventa est à Praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse quam usu non cepit, et ita vindicat suam esse: quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio Praetore in edicto proposita est“ — womit auch die Nachricht des Theophilus zu vergleichen ist:

ad h. l. (Ed. *Reitz*. Tom. II p. 791 u. 792.)

„Καὶ τέως εἴπωμεν, ἔνθα τις μὴ οὐσουκαπιτεύσας πλάττεται ἑαυτὸν οὐσουκαπιτευκέναι· οἷον, ἐξ εὐλόγου αἰτίας παρέδωκάς μοι ἀλλότριον πρᾶγμα bona fide λαμβάνοντι, ἢ πω-

„Et primo dicamus, ubi quis, qui non usucepit, se fingat usucepisse: veluti, ex justa causa alienam mihi rem bona fide accipienti tradidisti, vendens eam; vel

λήσας τοῦτο, ἢ δωρησάμενος, ἢ καὶ εἰς προῖκά μοι ἐπιδοὺς, ἢ ληγατεύσας· ἐδεόμην ἐγὼ τριετίας εἰς τὸ οὐσουκαπιτεῦσαι τοῦτο τὸ πρᾶγμα· ἐνεμήθην αὐτὸ τυχὸν δύο ἐνιαυτούς· ἐξέπεσον αὐτοῦ κατά τινα τύχην· τὴν directam in rem νεμομένου κινεῖν οὐ δύναμαι· πῶς γὰρ, ὁπότε οὐκ οὐσουκαπίτευσα; αἱ γὰρ in rem ἐπενοήθησαν, ἐπὶ τῷ ἕκαστον τὴν προσοῦσαν αὐτῷ δι' αὐτῶν ἐκδικεῖν δεσποτείαν· ἀλλ' ἐπειδὴ ἀπάνθρωπον, ἐν τούτῳ τῷ θέματι ἀγωγὴν μὴ δίδοσθαι ἀνδρὶ bona fide νεμομένῳ καὶ κατὰ τύχην ἐκπεσόντι, ἐφεῦρεν ὁ πραίτωρ in rem ἀγωγὴν, ἣν κινῶν λέγω (ἐπειδὴ τότε τὸ πρᾶγμα ἐξ εὐλόγου αἰτίας, οἷον πράσεως, δωρεᾶς, ἢ προικὸς, ἐνεμόμην bona fide, ἔτρεχε δέ μοι οὐσουκαπιῶν, καὶ ἐν τῷ μεταξὺ πρὸ τέλους τῆς οὐσουκαπίωνος ἐξέπεσα), ὡσανεὶ οὐσουκαπίτευσα, Εἰ φαίνεται τὸ πρᾶγμα τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας. Λέγεται δὲ αὕτη ἡ in rem Πουβλικιανή· ἐπειδὴ πρῶτος Πουβλίκιος πραίτωρ ταύτην ἐπενόησεν."

donans, aut etiam in dotem mihi dans, vel legans; triennio mihi opus erat ad rem illam usucapiendam: possedi eam duos forte annos; excidit eadem per aliquem casum: directam in rem actionem adversus possidentem movere non possum: qui enim, quum non usuceperim? namque in rem actiones excogitatae sunt, ut competens sibi dominium quisque per eas vindicet. Sed quoniam inhumanum foret, in hac specie actionem non dari homini bona fide possidenti et per casum orbato: Praetor invenit actionem in rem, quam instituens dico. (quoniam hanc rem ex justa causa, veluti venditione, donatione aut dote, bona fide possedi, et mihi usucapio currebat, atque interea ante usucapionis consummationem excidi), quasi usuceperim: Si adparet, hanc rem mei esse dominii. Haec autem in rem actio vocatur Publiciana: quia Publicius Praetor eam primus adinvenit."

Nur muß man sich nicht daran stoßen, wenn der Prätor in seiner Formel bey Gajus für eine bewegliche Sache nur eine einjährige, Theophilus aber, welcher gleichfalls nur eine bewegliche Sache nach dem ganzen Zusammenhange im Auge hatte, eine dreyjährige Usucapionsfrist annimmt. Denn der Prätor bey Gajus

hatte noch die Usucapionsfrist der Zwölf-Tafeln-Gesetze, (vgl. meine oben angeführte Schrift

§. 35. S. 51 u. 52.)

Theophilus aber die Justinianeische

Const. un. C. de usucap. transf. (7, 31.)

a. a. O. §. 105. S. 223—230.

im Auge. — Was hatte nun aber der dominus, d. h. der dominus Quiritarius vor demjenigen, welcher nicht dominus Quiritarius war, und welcher die Sache bloß in bonis habebat, voraus? Offenbar nichts als den Namen. Dem Namen nach blieb er allerdings noch dominus Quiritarius, aber welche Rechte standen ihm dann zu? offenbar keine. — Nichts nützte es ihn, daß er in der That und nach der Strenge des Civilrechts noch als dominus während der Usucapionsfrist angesehen wurde, so wenig als es den Erben nach dem Civilrecht etwas nützte, daß er heres war, wenn ihm der Prätor einen bonorum possessor vorgezogen, oder wenigstens gleichgestellt hatte. Denn der Sache nach war derjenige, welchem er statt zu mancipiren oder in jure zu cediren, bloß tradirt hatte, dominus. Auch kann man sich denken, daß, so bald einmal der Prätor der Tradition so wichtige Folgen beygelegt hatte, die im Verkehr so lästige mancipatio und in jure cessio der traditio sehr bald weichen mußte. Daher spricht auch Gajus

a. d. o. S. 480. a. O.

von einer „divisio, quam accepit dominium“, denn jetzt gab es ein zugleich nominelles und reelles, und ein bloß reelles aber nicht nominelles, und drittens sogar ein bloß nominelles aber nicht reelles dominium. Ein zugleich nominelles und reelles dominium fand nehmlich Statt, wenn Jemand eine rem nullius — früher herrenlose Sache — occupirt hatte, oder wenn eine res nec mancipi ihm tradirt war, ferner, wenn ihm eine res mancipi mancipirt oder in jure cedirt worden, oder eine ihm bloß tradirte res mancipi von ihm usucapirt war. Ein bloß reelles, aber nicht nominelles dominium (die Sache ohne den Namen der Sache) hatte für die Dauer der Usucapionsfrist derjenige erworben, welchem eine res mancipi nicht mancipirt oder in jure cedirt, sondern bloß tradirt worden; endlich ein bloß nominelles, aber nicht reelles dominium hatte während der Dauer der

Usucapionsfrist noch derjenige, welcher eine res mancipi einem Andern weder mancipirt noch in jure cedirt, sondern bloß tradirt hatte. — Und dieß ist die zweyte Periode des Römischen Rechts in Beziehung auf Eigenthums-Erwerbung. Fragt man nun, oder wundert man sich etwa, wie eine solche Periode eigentlich nur entstehen konnte? so denke man nur daran, daß der Prätor in seinem jus edicendi (vgl. I. Band S. 133) außerordentlich, zwar nicht der Sache aber dem Namen nach beschränkt war. Denn was war, und ich muß hier wieder auf das Beyspiel von dem bonorum possessor zurückkommen, dieser anders — als ein heres (wie wir oben S. 468 u. 469 ganz klar gesehen haben), aber die Benennung heres war für ihn eine höchst verpönte. Zum Range und zur Benennung des heres konnte und durfte der Prätor den bonorum possessor nicht erheben, aber darin fand man durchaus nichts Anstößiges, daß der Prätor dem bonorum possessor alle Rechte eines heres ertheilte, ihn unter die Civil-Erben einschwärzte, ja sogar denselben theilweise vorzog, denn jetzt hatte ja der Prätor das jus civile nur verbessert, er war ihm nur mit hülfreicher ergänzender Hand zu Hülfe gekommen, und hatte es somit eigentlich nur ergänzt. Der Wahlspruch des Prätors war: „Il faut garder les dehors et sauver les apparences“, und so kam er durch. An seiner Fiction, an seiner formula Publiciana, an seiner exceptio rei traditae fand Niemand etwas Anstößiges, denn der Satz: daß bey rebus mancipi dominium nur durch Mancipation oder in jure Cession erworben werden könne, blieb ja bestehen, das „in bonis esse“ hob ihn nicht auf. Hätte aber der Prätor es gewagt, den Unterschied zwischen den rebus mancipi und nec mancipi aufzuheben, oder den Satz auszusprechen, daß auch bey ersteren das dominium Quiritarium schon durch bloße traditio erworben werden könne, dann wäre es ihm übel ergangen, sein Edict hätte der Fluch getroffen, und man würde ihn als einen eversor juris civilis — behandelt haben. Der Sache und der Wirkung nach hatte somit der Prätor freyen Spielraum, nur mußte er in der Benennung außerordentlich vorsichtig seyn, und dieß letztere konnte er sich ja auch wohl gefallen lassen, und ließ es sich gefallen. Was aber

der Prätor nicht wagen konnte und durfte, das konnte und durfte der allvermögende Imperator wagen, und der Imperator Justinian wagte es auch. Er hob in der

Const. un. C. de nudo jure Quirit. toll. (7, 25.)

(vgl. meine

o. a. Schrift §. 25. S. 41. u. §. 98. S. 211 u. 212.)

das nudum jus Quiritium, und weil er damit noch nicht genug gethan zu haben glaubte, und vielleicht befürchtete, daß auch dieser Constitution eine Nase gedreht werden möchte, in der

Const. un. C. de usuc. transform. (7, 31.)

a. o. a. O. §. 105. S. 223—229.

allen Unterschied zwischen den rebus mancipi und nec mancipi auf; und dieß ist die dritte Periode des Römischen Rechts in Beziehung auf Eigenthums-Erwerbung. Justinian führte die Sache auf den Punkt wieder zurück, von dem sie ausgegangen war, nehmlich auf das ursprüngliche unum dominium. Nur unterschied sich das von ihm geschaffene unum dominium von dem frühern darin, daß das frühere auf mancherley Formen beruhte, das seinige aber ein formloses war. Jezt war von keinen rebus mancipi, von keiner mancipatio, von keiner in jure cessio mehr die Rede, und was nur Lezteres früher bey den rebus mancipi bewirken konnten, das bewirkte jezt auch bey ihnen die Tradition. Die Scheidewand zwischen den rebus mancipi und nec mancipi war gefallen. Wenn wir unn diese drey verschiedenen Perioden des Römischen Rechts an und für sich betrachtet haben, so können wir jezt erst auf die besondere Beziehung derselben, auf die rei vindicatio und die actio Publiciana übergehen. Daß in der ersten Periode nur die rei vindicatio Statt hatte, dieß darf ich wohl als einen entschiedenen Satz voraussezen. — Die rei vindicatio sezte nehmlich ein dominium voraus, dieses dominium aber war damals nur auf Eine Weise denkbar, es konnte daher auch bey dem sogenannten rebus nullius nur durch Occupation, bey den rebus nec mancipi durch Tradition, Mancipation, oder in jure Cession, bey den rebus mancipi aber nur durch Mancipation, in jure Cession oder durch Usucapion, oder bey bey rebus man-

cipi und nec mancipi nur durch einen transitus juris civilis erworben werden. Wer also in der ersten Periode die rei vindicatio anstellen wollte, der hatte bey rebus nullius nur den Act der Occupation, bey rebus nec mancipi bloß den der Tradition, bey rebus mancipi den der Mancipation, in jure Cession, oder die Usucapion, oder bey beyden einen transitus juris civilis zu erweisen. — Bey der actio Publiciana, welche wir freylich erst in der zweyten Periode finden, mußte man allerdings zu einer Fiction seine Zuflucht nehmen. Denn eine Civilklage hatte derjenige, welchem eine res mancipi bloß tradirt war, in der Zwischenzeit von dem Act der Tradition bis zur vollendeten Usucapion nicht, die rei vindicatio hatte er nicht. Wollte ihm daher der Prätor eine der Wirkung nach der rei vindicatio gleiche, und nur dem Namen nach, über welchen der Prätor nicht gebieten konnte, verschiedene Klage ertheilen, so konnte dieß nur durch eine Fiction geschehen. Eine solche Fiction ließ sich aber auf gedoppelte Weise denken. Einmal hätte man nehmlich auf dem Wege der Fiction annehmen können, daß eine auch nur tradirte res mancipi so angesehen werden solle, als ob sie mancipirt oder in jure cedirt worden wäre, oder man mußte fingiren, daß eine noch nicht usucapirte res mancipi bereits usucapirt sey. Die erstere Fiction würde nun offenbar die Lehre von den rebus mancipi noch mehr gefährdet, und ihr der Sache nach den Todesstoß beygebracht haben, denn daß die Mancipation und Cession hiedurch zu einer leeren nichtssagenden Form herabgesunken wären, leuchtet wohl in die Augen, er wählte daher das Letztere, und wie mühsam er sich drehte und wendete, um so wenig als möglich in seiner Formel anzustoßen, ersehen wir aus dem von Gajus (oben S. 480) uns, der Hauptsache nach wenigstens, mitgetheilte Bruchstück. An der Nothwendigkeit der actio Publiciana in der zweyten Periode können wir daher keineswegs zweifeln. Jetzt nehmlich konnte derjenige, welchem eine res mancipi auch bloß tradirt worden, mit dem Beweise, daß ihm die Sache natürlich ex justa causa oder justo titulo (was ich bey der Tradition immer voraussetze) tradirt worden sey, durchkommen, denn die Hauptsache, daß er nehmlich bereits usucapirt habe, wurde ja per fictionem vorausgesetzt. Aber möchte man

fragen: Wie konnte sich die actio Publiciana noch in die Justinianeische Gesetzgebung verirren, nachdem Justinian das duplex dominium, und den Unterschied zwischen den rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben hatte, und sein unum dominium nun auch bey den rebus mancipi durch bloße Tradition bewirkt wurde? Die Lösung dieses Räthsels führt uns tiefer in die Sache hinein. Wer eine res mancipi von einem Andern durch mancipatio oder in jure cessio erworben, hatte das ursprüngliche unum der ersten, das dominium Quiritarium der zweyten Periode erworben. Wie aber, wenn der Mancipirende oder in jure Cedirende selbst nicht dominus der mancipirten oder in jure cedirten Sache war, hatte er auch dann das dominium erworben? oder war dann eigentlich gar nichts geschehen, weil der Mancipirende oder in jure Cedirende nicht dominus war? Ich erwiedere hierauf: ursprünglich und in den früheren Zeiten, wo noch Treue und Glauben vorherrschend, Treuebruch und Lüge nur ganz seltene Erscheinungen waren, dachte man gar nicht daran, daß es Jemand auch nur einfallen könnte, eine Sache, deren dominus er wirklich nicht war, einem Andern, wenn es eine res nec mancipi war, zu tradiren, oder wenn es eine res mancipi war, zu mancipiren oder in jure zu cediren. Bey Grundstücken mag es wohl schon an der physischen Möglichkeit eines solchen Versuchs gefehlt haben, bey beweglichen Sachen war es jedoch leichter und jedenfalls denkbar, auch mögen nach und nach solche Fälle bey beweglichen Sachen vorgekommen seyn. Sollte man nun aber den frühern Satz: daß bey rebus nec mancipi schon durch Tradition, bey rebus mancipi durch Mancipation und in jure Cession Eigenthumsrecht erwerben könne, fahren lassen, und was wollte man ihm substituiren? Eine Einrichtung, wonach derjenige, welcher das Eigenthums-Recht einer Sache erwerben wollte, davon, daß es ihm auch von dem wirklichen Eigenthümer übertragen worden sey, sich hätte überzeugen können, konnte man nicht treffen. Entweder mußte man daher den Gedanken an eine rechtlich mögliche Uebertragung des Eigenthumsrechts in den meisten Fällen ganz aufgeben, oder man mußte den frühern Satz bestehen lassen. Das erstere würde nun eine all-

gemeine Rechtsunsicherheit bewirkt haben, somit mußte der Gedanke auf dieses Mittel aufgegeben werden, und sonach blieb nichts als das zweite Mittel übrig. Man sah aber gar wohl ein, daß durch die von dem Nichteigenthümer geschehene Uebertragung des dominii an einen dritten dem wahren Eigenthümer doch nicht präjudicirt werden könne, und um nun dieser Rechtsunsicherheit zu begegnen, boten sich zwey verschiedene Wege. Entweder mußte man den wahren Eigenthümer ganz beseitigen, die Eigenthums-Klage gegen denjenigen, welchem von dem Nichteigenthümer das dominium übertragen wurde, ausschließen, und ihm nur persönliche Ansprüche an den Nichteigenthümer, welcher die Sache veräußert hatte, gestatten, oder wenn man das Fortbestehen des Eigenthumsrechts von Seiten des wahren Eigenthümers anerkennen wollte, mußte man wenigstens, um nicht eine ewige Rechtsunsicherheit herbeyzuführen, die Fortdauer desselben beschränken. Den ersten Weg, wodurch dem Princip, „Hand muß Hand wahren", welches wir noch in deutschen Rechtsbüchern, jedoch schon mit großen Beschränkungen finden (das Nähere hierüber, welches mich offenbar zu weit führen würde, wird man mir hier erlassen), die Bahn eröffnet worden wäre, schlug das Römische Recht nicht ein, wiewohl gewiß in der ersten Periode der Grundsatz, „Hand muß Hand wahren", factisch gegolten hat. Den zweiten Weg fand es durch die frühere, schon der ersten Periode bekannte Usucapion bereits angebahnt. Denn gleichwie in der ersten Periode, in welcher man sich den Fall, daß auch von einem Nicht-Eigenthümer Eigenthumsrecht auf einen Andern übertragen werden würde, gar noch nicht dachte, nur die mangelnde Form der Mancipation oder in jure Cession durch Usucapion ergänzt werden konnte, (über diese Periode der Usucapion ist zu vergleichen Gajus in dem oben S. 479 abgedruckten

L. II. §. 41.

und meine o. a. Schrift

§§. 26—36. S. 42—53.)

so sollte nun auch die Usucapion in ihrer zweyten Periode nicht nur die mangelnde Form der Eigenthums-Uebertra-

gung ergänzen, sondern auch gegen den wahren Eigenthümer wirken, und auch von diesem sollte die Usucapion das Eigenthumsrecht auf denjenigen, welchem eine res mancipi weder mancipirt noch in jure cedirt, sondern bloß tradirt war, übertragen werden. Ueber diese zweite Periode der Usucapion berichtet uns nun Gajus

L. II. §§. 43 u. 44.

Folgendes: §. 43. „Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non à domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse. §. 44. Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni, aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est" — und ich bitte hierüber auch meine

o. a. Schrift §§. 37—45. S. 54—66.

zu vergleichen. Diese bedeutend erweiterte Usucapion fand nun aber nach ihrer erweiterten Richtung auch in solchen Fällen Statt, in welchen die frühere — die Usucapion der Zwölf-Tafel-Gesetze — die Usucapion in ihrer ersten Periode gar nicht denkbar war. Die ursprüngliche Usucapion konnte nehmlich nur dann Statt finden, wenn eine res mancipi weder mancipirt, noch in jure cedirt, sondern bloß tradirt worden war; sie war bey der Occupation und bey der Tradition der rerum nec mancipi gar nicht denkbar. — Dagegen aber fand die neuere usucapio auch bey diesen Statt. Denn es konnte ja

a) auch wohl der Fall eintreten, daß Jemand eine Sache, welche in irgend Jemands dominium sich befand, als eine vermeintliche rem nullius occupirt hatte, und gegen die Ansprüche des Eigenthümers konnte ihn nur die erweiterte Usucapion schützen;

b) konnte ja auch derjenige, welcher eine rem nec mancipi tradirt hatte, nicht der Eigenthümer der tradirten Sache seyn. Der früheren Usucapion bedurfte nun allerdings derjenige nicht, welchem eine res nec mancipi tradirt worden, aber gegen die Ansprüche des wahren Eigenthümers konnte nur die erweiterte Usucapion ihn schützen.

Ob nun der Prätor Publicius, der Schöpfer der formula — nachherigen actio — Publiciana, wie uns Justinian und Theophilus in den oben S. 481 u. 482 a. O. berichten, hiebey nur die ursprüngliche, oder ob er auch schon die erweiterte Usucapion im Auge hatte? könnte nur dann mit Grund beantwortet werden, wenn wir wüßten, ob die abgeleitete oder erweiterte Usucapion zu seiner Zeit schon bekannt war? Diese Frage läßt sich in Ermangelung aller geschichtlichen Nachrichten nicht beantworten. Wir können uns aber über diesen Mangel an geschichtlichen Nachrichten gar leicht hinwegsetzen, indem es gewiß ist, daß, wenn auch der Prätor Publicius die erweiterte Usucapion bey seiner formula Publiciana noch nicht im Auge hatte, und nicht im Auge haben konnte, dennoch die nachherige Doctrin auch die erweiterte Usucapion in diese formula hineinlegte. Gewiß dachte schon Gajus, als er die Nachricht von der formula Publiciana (oben S. 480) niederschrieb, nicht bloß an die ursprüngliche, sondern auch an die erweiterte Usucapion und die Verfasser der Institutionen, so wie Theophilus (vgl. oben S. 481 u. 482) konnte gar keine andere, als die erweiterte Usucapion mehr im Auge haben. Denn die beyden Constitutionen (oben S. 485), wodurch Justinian, indem er das duplex dominium und den Unterschied zwischen den rebus mancipi und nec mancipi aufhebt, der frühern und ursprünglichen Usucapion den Todesstoß beybrachte, sind älter als die Institutionen. Die Institutionen sind nehmlich im December 533 erschienen. Die Constitution, welche den fraglichen Unterschied aufhob, aber ist vom Jahr 531, und wenn wir nun gleich das Alter derjenigen Constitution, wodurch er das duplex dominium aufgehoben hatte, nicht genau wissen, so wissen wir doch daraus, daß Justinian sich in der ersten Constitution auf die letztere bezogen hatte, das gewiß, daß die letztere Constitution älter als die erstere ist. — Wenn nun aber die actio Publiciana immer noch auf der Fiction, daß die Usucapion bereits vollendet sey, beruht, und wenn wir nach dem Justinianeischen Rechte es nicht bezweifeln können, daß hierunter nur die abgeleitete und erweiterte Usucapion verstanden werden kann, so tritt doch hier wieder eine neue Bedenklichkeit ein. Man sollte

nehmlich auf den ersten Anblick glauben, daß diese Fiction auch dem wahren Eigenthümer nachtheilig seyn müsse, und daß also die actio Publiciana auch gegen den wahren Eigenthümer schütze, allein daß dieß nicht der Fall ist, und daß sie nur gegen den dritten Besitzer, nicht gegen den Eigenthümer wirke, werde ich bey dem Fr. 16. D. de Publ. in rem act. erweisen. Diese Fiction muß daher auch jetzt nur mit der Beschränkung auf den dritten Besitzer verstanden, und kann auf den wahren Eigenthümer nicht ausgedehnt werden. Daß der Prätor Publicius, wenn er bey seiner formula auch schon die erweiterte, und nicht bloß die ursprüngliche Usucapion im Auge gehabt, etwas der Art in seine Formel hineingelegt haben würde, kann ich kaum bezweifeln, und ich glaube daher auch, daß demselben die erweiterte Usucapion noch gar nicht bekannt war, und daß er sie eben deßwegen auch nicht im Auge haben konnte. — Dieß vorausgesetzt, gehe ich nun zu einer Stelle Ulpian's

Fr. 1. pr. D. de Publ. in rem act. (6, 2.)

über: „Ait Praetor: si quis id quod traditur ex justa causa non à domino et nondum usucaptum petet: judicium dabo.“ — Daß diese Stelle ächt, d. h. daß sie von keinem Abschreiber verdorben ist, sondern daß sie wirklich von den Redaktoren der Digesten herrührt, ist bey der Uebereinstimmung aller Handschriften (denn die unbedeutende Variante zwischen non à domino und à non domino, welch beydes am Ende doch nur auf Eines hinausläuft, ist kaum der Bemerkung werth) mit Zuverlässigkeit anzunehmen. Für die Aechtheit der Lesart im oben angegebenen Sinne sprechen sich aber auch die Basilicen aus:

L. XV. tit. 20. Fr. 1. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 223.)

„Ὁ κατὰ παράδοσιν λαβὼν παρὰ μὴ δεσπότου ἐξ εὐλόγου αἰτίας, καὶ μὴ διὰ χρήσεως δεσπόσας, ἔχει τὴν πουβλικιανήν.“	„Qui per traditionem rem ex justa causa à non domino accepit, nec usucepit, Publicianam habet.“

Daß sie aber in einem andern Sinne des Worts ächt sey, daß sie nehmlich von Ulpian selbst herrühre, und daß sie so im Prätorischen Edict gestanden habe, bestreite ich. Daß sie im letztern Sinne unächt sey, habe ich schon in meiner

o. a. Schrift §. 21. S. 36.

angedeutet, hier aber will ich dieß beweisen. Daß Ulpian noch in diejenige Periode fiel, in welcher ein duplex dominium Statt fand, werde ich kaum zu bemerken haben. Oben (S. 480) aber habe ich bereits gezeigt, daß gerade die actio oder damals formula Publiciana es war, welche zu Entstehung des duplex dominium ungemein viel beytrug. Hätte der Prätor in seinem Edict, welches die Publiciana schuf, sich so ausgedrückt, wie die Redactoren der Digesten ihn redend einführen, so hätte er ja einmal die Publiciana auf die erweiterte Usucapion beschränkt, und nicht auf die ursprüngliche ausgedehnt. Nun glaube ich aber schon oben (S. 491), und auf den Grund der ächten Nachricht des Gajus nachgewiesen zu haben, daß die Publiciana zunächst die ursprüngliche Usucapion im Auge hatte, und daß durch sie das dominium duplex der zweiten Periode geschaffen wurde. Sodann aber würde diese Fassung für die damalige Zeit einen Unsinn enthalten haben, denn hätte sie bloß die erweiterte Usucapion im Auge gehabt, so hätte ja derjenige, welchem eine res mancipi von dem dominus tradirt worden, die Publiciana gar nicht anstellen können, derjenige also, welcher von dem non dominus eine Sache erworben, wäre offenbar in besserer Lage gewesen als derjenige, welcher à domino sie erworben hätte, was doch in der That einen groben Widerspruch enthielte. Was aber in dem Prätorischen Edict und in dem Munde Ulpians als Unsinn erscheint, hat in dem Munde der Redactoren der Digesten einen ganz guten Sinn. Denn da damals schon das duplex dominium und die ursprüngliche Usucapion durch Justinian's Constitutionen gefallen war, so konnte sich jetzt die Publiciana nur noch auf die erweiterte Usucapion beziehen, und dieß wollten nun die Redactoren der Digesten mit der Veränderung, welche sie mit der von Ulpian angeführten Stelle des Edicts vornahmen, bezeichnen. Was sie sagen und was sie mit dieser Veränderung ausdrücken wollten, ist daher ganz richtig. Aber billigen kann ich es nicht, daß sie einen Katachronismus begiengen und an dem Edicte des Prätors eine Veränderung vornahmen, welche rechtsgeschichtlich in jenem Edicte gar nicht vorkommen konnte. Wie nun das Edict des Prätors ursprünglich

gelautet habe? lasse ich dahingestellt seyn. Auch dürfte die Wiederherstellung desselben selbst nach der ächten Stelle des Gajus als ein unauflösbares Problem erscheinen. Aber es liegt an den Worten des Edicts nicht viel, da wir dessen Inhalt aus Gajus kennen. So läßt es sich dann auch ganz gut erklären, daß in dem Justinianeischen Rechte neben der rei vindicatio noch die actio Publiciana auftritt. Die rei vindicatio, welche ein wahres, nicht bloß fingirtes dominium voraussetzt, kann nehmlich nur derjenige anstellen, welcher eine herrenlose Sache durch Occupation erworben, oder welchem von dem wirklichen Eigenthümer das Eigenthum übertragen worden, oder durch gesetzliche Bestimmungen auf ihn übergegangen ist, oder welcher bereits durch Usucapion Eigenthumsrecht erworben hat, die actio Publiciana aber derjenige, bey welchem dieß Alles nicht der Fall ist, welcher aber in einem Usucapionsbesitze sich befindet. Denn ohne einen solchen, ohne justus titulus und ohne bona fides, welches wesentliche Bedingungen des Usucapions-Besitzes sind, könnte ja diejenige Fiction, auf welcher die actio Publiciana beruht, bey ihm gar nicht eintreten. Ganz richtig gibt daher auch Harmenopolus von der Publiciana folgende Erklärung in seinem

Πρόχειρον νόμον. — Manuale Legum. L. II. tit. 1. §. 58. (in Tom. Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 110)

„Πουβλικιανή ἐστιν, ἡ ἀνακαλουμένη τὴν νομὴν τοῦ μήπω διὰ κυριότητα δεσπόσαντι καλῇ πέστει νομεῖ."

„Publiciana est, quae revocat possessionem bonae fidei possessori, qui nondum absolutus est dominus."

Dieß hier im Allgemeinen vorausgesetzt, will ich nun auch noch auf die mit der bisherigen Ausführung in der engsten Verbindung stehende Frage: Was hat der Kläger bey der rei vindicatio, was hat er bey der actio Publiciana zu erweisen? übergehen. Wenn ich nun oben gezeigt habe, welche Erfordernisse die Anstellung der rei vindicatio als wesentliche voraussetze, so liegt schon auch hierin, daß derjenige, welcher sie anstellt, das Vorhandenseyn eines dieser Erfordernisse nachzuweisen habe. Da aber diese Nachweisung in den bey weitem meisten Fällen eine sehr schwierige seyn dürfte, so hüte sich Jeder, welcher seiner Sache nicht ganz gewiß ist, vor

Anstellung der rei vindicatio, und wähle lieber die actio Publiciana, denn bey dieser darf er ja nur das beweisen, daß er sich im Usucapions-Besitz befinde. Dieß vorausgesetzt, gehe ich zu der Erläuterung der einzelnen Titel, und zwar zuerst zu dem

de Rei Vindicatione

über, dessen einzelne Fragmente ich nun einer genauen Prüfung unterwerfen will. Vorerst aber muß ich noch bemerken, daß ich hier wieder lediglich bey unserm Titel stehen bleibe, und auf solche fremdartigen Materien, welche nicht zur Erklärung desselben unumgänglich nothwendig sind, mich nicht einlasse. Ueber die ehemalige Form der rei vindicatio hat uns Gajus in seinen Commentarien

L. IV. §§. 16. u. 17.

gleichfalls eine Nachricht hinterlassen. „Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui;* et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, Praetor dicebat: *mittite ambo hominem;* illi mittebant; qui prior vindica(*verat ita alterum interroga*-)bat: *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris;* ille respondebat: *jus peregi sicut vindictam inposui;* deinde qui prior vindicaverat, dicebat: *quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco;* adversarius quoque dicebat; *similiter ego te* **** asses sacramenti nominabant. Deinde sequebantur, quaecumque (*si*) in personam ageretur. Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum: alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam

dam justi dominii; maxime (*enim*) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur. §. 17. Si qua res talis erat ut (*non*) sine incommodo posset in jus adferri vel adduci, veluti si columna, aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur: deinde in eam partem, quasi in totam rem praesentem, fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de aedibus, sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aeque ******* qualem *******“ — Statt der Worte „deinde sequebantur, quaecumque (si) in personam ageretur“ im §. 16. liest Hefftter

Gaji Instit. Comment. IV. Berol. 1825. p. X.

„deinde adsequebantur, quaecumque in personam ageretur.“ — Klenze aber in seinen und Böcking's

Gaji et Justinian Instit. Jur. Rom. Berol. 1829. p. 232. not. y.

entweder mit Baumbach in der

Göschenschen 2ten Ausgabe des Gajus. Berol. 1824. p. 306. not. 36.

„quae cum in personam ageretur“, oder „quae cum quis in personam ageret.“ Am wahrscheinlichsten ist mir die Ansicht Huschke's in seinen

Studien des Römischen Rechts. I. Bd. Breslau 1830. S. 307.

welcher also liest: „Deinde eadem sequebantur, quae et cum in personam ageretur.“ Mit dieser Nachricht sind aber auch zu vergleichen

a) die des Cicero in seiner

Oratio pro Muraena, cap. 12.

welche bereits im I. Band S. 44 u. 45 abgedruckt ist.

b) Des Aulus Gellius

Noct. Att. L. XX. cap. 10.

„*Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re praesenti, *sive ager*, *sive quid aliud est*, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis

vindicare. Vindicia, id est, correptio manus in re atque in loco praesenti, apud Praetorem ex duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: SI. QUI. IN. JURE. MANUM. CONSERUNT. Sed postquam Praetores propagatis Italiae finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravebantur: institutum est, contra duodecim Tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Praetorem manum conserérent, sed ex jure manum consertum vocarent; id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Praetorem deferrent: et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent.“ — Ich könnte hier allerdings noch weitere Nachrichten anführen, aber hiermit würde nichts gewonnen werden, da sie alle sehr fragmentarisch sind, und ihre Beziehung hierauf oft sehr zweideutig ist. Die vollständigen habe ich alle angeführt. Nur das aber muß ich noch bemerken, daß die Nachricht, welche uns Gajus hier von der älteren Form der rei vindicatio gibt, nur auf die Zeit der legis actiones paßt, und daß mit diesen und mit dem Eintritt der formularum auch hier wohl eine Aenderung eintrat. Daß übrigens von dieser älteren Form auch in der die rei vindicatio betreffenden formula etwas zurückgeblieben ist, schließe ich aus folgender Stelle des Aulus Gellius, womit das o. a. Capitel desselben beginnt: „*Ex jure manum. consertum.* verba sunt ex *antiquis* (wohl *legis*) actionibus, quae quum *lege agitur* et vindictae contenduntur, dici *nunc quoque* apud Praetorem solent.“ — Denn das „nunc quoque“ ist nicht auf die Zeiten des Aulus Gellius, sondern auf die des Ennius, dessen Worte hier Gellius anführt, zu beziehen. Von der Zeit der an die Stelle der legis actionum getretenen formularum aber ist uns nichts bekannt. — Gehen wir nun zu unserm Titel über. In dem

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Quae specialis in rem actio, locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur“ — belehrt

uns Ulpian, daß die rei vindicatio bey allen Sachen, sie mögen bewegliche oder unbewegliche, lebende oder leblose seyn, Statt finde. Diese Stelle finde ich jedoch unvollständig; denn einmal bezieht sich die rei vindicatio nur auf körperliche Sachen, wie dann in Betreff der Dienstbarkeiten die rei vindicatio nicht Platz greift (vgl. den 5ten Titel des 8ten Buchs), sodann aber auch nur auf solche körperlichen Dinge, welche Gegenstand des Eigenthums seyn können (vgl. I. Band S. 305 u. 306). In dem

Fr. 1. §. 2. D. h. t.

„Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur, aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria: et ita Pomponius lib. XXXVII. Nisi forte inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum vel in potestate, ex jure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse. Ait enim adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse" — stellt Ulpian die Frage auf: ob auch ein in väterlicher Gewalt befindliches Kind vindicirt werden könne? und bejaht diese Frage für den Fall, daß der Klage wirklich der Umstand, daß dasselbe noch in väterlicher Gewalt sich befinde, unterstellt werde. Deutlicher drücken sich hier die Basilicen aus, in welchen der erste Satz unsers §. also lautet:

L. XV. tit. 1. Fr. 1. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 194.)

„Καὶ ἐπὶ ὑπεξουσίου υἱοῦ προσθήκη αἰτίας." — „Et in filio, qui est in potestate adjecta causa" — wozu das Scholion

l. s. c. p. 218.

die Bemerkung macht: „Τουτέστι χώραν ἔχει διὰ τῆς προσθήκης ἡ τοιαύτη ἀγωγή." — „Hoc est, haec actio locum habet propter adjectionem causae." — Nur aus dem bestimmt angegebenen Grunde (denn dieß will wohl der Ausdruck „adjecta causa" bezeichnen) der patria potestas kann der Vater das Kind vindiciren, und dieses Vindicationsrecht war wohl ein Ausfluß der früheren, dem dominium über die Sklaven ganz ähnlichen, patria potestas (vgl. I. Band S. 185 ff.) Daß unter der praejudiciis aber die actiones praejudiciales (wovon oben I. Band S. 418 ff.) zu verstehen seyen, kann wohl keinem Anstand unterliegen,

es bemerkt dieß aber noch ausdrücklich das Scholion der Basilicen

l. s. c. Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 218.

„Οἷον δύναται ὁ πατὴρ ἐπὶ ἐκδικήσει τοῦ παιδὸς, ταύτην τὴν ἀγωγὴν κινεῖν, καὶ λέγειν· εἰ φαίνεται τόνδε ἐμὸν υἱὸν εἶναι."

„Verbi gratia, potest pater in adserendo filio hanc actionem intendere, et dicere: Si paret, illum filium meum esse."

Die Interdicte aber, deren Ulpian hier erwähnt, sind die de liberis exhibendis und ducendis.

D. L. 43. tit. 30.

Diese beyden Interdicte können jedoch nicht in dem Fall angestellt werden, wenn das in väterlicher Gewalt befindliche Kind sich selbst als ein aus derselben entlassenes ausgibt, sondern nur dann, wenn ein Dritter das Kind dem Vater vorenthält, nach Ulpian

Fr. 3. §. 3. D. de lib. exhib. (43, 30.)

„Hoc autem interdictum competit non adversus ipsum filium, quem quis ducere vult: sed utique esse debet is, qui eum interdicto defendat." — Unter dem Ausdruck „cognitione praetoria" aber ist die extraordinaria cognitio, von welcher der 13te Titel des 50sten Buchs handelt, zu verstehen. Auch hierüber drückt sich das Scholion der Basilicen

l. s. c. p. 219.

ganz richtig so aus:

„Ἥτις προσέλευσις λέγεται ἐξτραορδιναρία· τουτέστιν ἐν ᾗ οὐ φυλάττεται ὁ τῆς τῶν δικαστηρίων ἀκολουθίας τύπος, ἀλλὰ πραίτωρ σκοπεῖ περὶ αὐτῆς."

„Quae cognitio extraordinaria dicitur, hoc est, in qua judiciorum ordo et forma non servatur, sed ipse Praetor cognoscit."

In dem

Fr. 1. §. 3. D. h. t.

geht er dann auf einen ganz besondern Fall über: „Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari, Pomponius libro lectionum XXV scribit. Idem et de armento, et de equitio, caeterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint. Grex enim, non

singula corpora vindicabuntur.“ — Diese Stelle enthält nun einen allgemeinen Satz, nehmlich den: daß die rei vindicatio auch auf sogenannte universitates hominis sive facti, d. h. auf solche Sachen, welche in einer bloßen Namensverbindung stehen, und wo also mehrere einzelne Sachen als Eine unter Eine Benennung vereinigte vorkommen (vgl. I. Band S. 322 u. 323), anwendbar sey. So kann also eine Heerde vindicirt werden, d. h. der Vindicant hat nicht nöthig, wenn etwa diese Heerde aus 1000 Stück bestehen sollte, jedes dieser Stücke besonders zu vindiciren. — Wenn aber unter der Heerde z. B. 100 Stück, welche erst von dem Beklagten unter dieselbe gestoßen wurden, sich befinden, so kann der Kläger dadurch, daß der Beklagte behauptet, jedenfalls gehören ihm 100 Stücke dieser Heerde, nicht gezwungen werden, nunmehr deßwegen die übrigen 900 Stücke einzeln zu vindiciren. Hieran schließt sich nun des Paulus

Fr. 2. D. h. t.

an: „Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno, nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.“ — Um diese Stelle richtig verstehen zu können, müssen wir uns folgenden Fall denken: A. und B. besitzen mit einander eine Heerde, jeder zur Hälfte, nun spricht aber A. auch die Hälfte des B. an. Hier kann er weder die ganze Heerde, denn die eine Hälfte besitzt er ja schon, noch die andere Hälfte vindiciren, d. h. er kann nicht mittelst der rei vindicatio auch die übrige Hälfte ansprechen, sondern er kann, wenn z. B. die ganze Heerde 1000 Stücke beträgt, nur sagen, daß er auch die übrigen 600 Stücke anspreche. Hätte er aber an der ganzen Heerde 600 Stücke unbestritten, und nur 400 Stücke würden ihm von seinem Gegner bestritten, so könnte er, weil nun einmal der größere Theil immer noch als eine selbstständige Heerde angesehen werden könnte, diesen immer noch als Heerde vindiciren. Will man nun hierin eine bloße Subtilität finden, so kann ich dieß wohl zugeben. Hieraus aber erklärt sich dann auch Ulpian's

Fr. 3. pr. D. h. t.

„Marcellus lib. IV. Digestorum scribit: Qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem aliena capita ab eo, qui dominium eorum habebat, vel aliena ab eo, qui bona fide ea possidebat, et haec utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed et si ea sola supersint capita, quae redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare“ – von ſelbſt. In dem

Fr. 3. §. 1. D. h. t.

„Armamenta navis singula erunt vindicanda. Scapha quoque separatim vindicabitur“ — iſt das Wort „armamenta“ identiſch mit dem Wort „instrumenta“, die Baſilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 3. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 195.)

überſetzen es zwar durch „ἐξαρτισμὸς“, das Wort „instrumentum“ aber, wie man aus derſelben

L. XLIV. tit. 10. (nehmlich D. de instr. vel instrum. leg. (33, 7.) Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 773 u. 774.)

erſieht, durch „ἐξοπλισμὸς“, das Wort „armamentum“ „ἐξαρτισμὸς“ könnte hier die „Fracht“ „Ladung der Schiffe“ bezeichnen. Allein ich glaube doch, daß es gleichbedeutend mit „instrumentum“ zu nehmen iſt. In dieſer Bedeutung kommt das Wort „armamentum“ auch vor in Julian's

Fr. 6. D. de leg. Rhod. de jactu (14, 2.)

„Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, et arbore, et antemna, Hipponem delata est: ibique tumultuariis armamentis ad praesens comparatis, Hostiam navigavit: et onus integrum pertulit. Quaesitum est, an hi, quorum onus fuit, nautae pro damno conferre debeant? Respondit, non debere. Hic enim sumtus instruendae magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est“ — und hier werden ja gerade die „armamenta“ der Schiffsladung entgegengeſetzt, ſodann in der Stelle Ulpian's

Fr. 1. §. 3. D. de exercit. act. (14, 1.)

„Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis: sed etiam si mercibus emendis, vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.“ — Hier iſt nehmlich unter dem armamentum die Schiffs-

Ausrüstung zu verstehen. Das Wort „instrumentum“ kommt übrigens von Schiffen auch in der Stelle Labeo's vor

Fr. 29. D. de instr. vel instrum. leg. (33, 7.)

„Si navem cum instrumento emisti, praestari tibi debet scapha navis. Paulus. Immo contra: etenim scapha navis non est instrumentum navis: etenim mediocritate, non genere ab ea differt: instrumentum autem cujusque rei necesse est alterius generis esse, atque ea, quaeque sit, quod Pomponio lib. VII. epistolarum placuit.“ Vereinigen läßt sich die Sache, wenn man annimmt, daß durch das Wort „instrumentum“ überhaupt und im Allgemeinen die Ausrüstung einer Sache, die Ausrüstung eines Schiffs aber, als die Ausrüstung, einer besondern Sache, einer besondern Art der Ausrüstung mit dem Ausdruck „armamentum“ bezeichnet wurde. Ich gehe nun zu Ulpian's

Fr. 3. §. 2. D. h. t.

über: „Pomponius scribit, si quid quod ejusdem naturae est, ita confusum est, atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum: utputa meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus: et si incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.“ — Zu dieser Stelle ist auch das Scholion der Basilicen zu vergleichen:

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 219.

„Τυχὸν εἶχον ἐγὼ σκεῦος, ἢ βῶλον ἀργύρου λιτρῶν δέκα, καὶ ἦν ἑκάστη λίτρα νομίσματα δέκα ἀξία· ὡς εἶναι τὸν πάντα βῶλον νομισμάτων ρ'. τοῦ δὲ βώλου τοῦ σοῦ πέντε λιτρῶν τυγχάνοντος, ἀξία ἦν ἡ λίτρα νομισμάτων πέντε· ὡς εἶναι καὶ τὸν σὸν βῶλον νομισμάτων κε'. καὶ συνέβη καὶ τὸν ἐμὸν, καὶ τὸν σὸν ἀναμιγέντα, καὶ ἀδιαιρίτως ἔχοντα, καὶ λεγόμενον ἄξιον εἶναι νομισμάτων ρ'. εἴκοσι πέντε. νῦν οὖν μετὰ τὸ ἀναμιχθῆ-

„Habebam forte ego vas aut massam argenti pendentem libras decem: eratque libra quaelibet digna nummis decem, ut tota massa esset centum aureorum. Habebas et tu massam pendentem libras quinque: eratque quinque nummis digna: ut massa tua esset aureorum viginti quinque. Accidit, ut massa mea et tua commixta et confusa digna esset aureis CXXV. Nunc

ναι καὶ ἀδιάκριτον γενέσθαι τὸν ἄργυρον, ἀξία ἐστὶν ἡ ἑκάστη λίτρα νομισμάτων ὀκτὼ τρίτον· καὶ εὑρίσκεται ὁ μὲν τῶν δέκα τοῦ ἀργύρου λιτρῶν δεσπότης ζημιούμενος δέκα ἑξ δίμοιρον νν. ἀντὶ γὰρ ρ΄. νομισμάτων, ὀγδοήκοντα τρία εὑρίσκεται τρίτον. λοιπὸν ἐξ ἀνακοινώσεως ἔχων, ἐπὶ τῇ διατιμήσει παντὸς τοῦ βώλου. ὁ δὲ τῶν ε΄. λιτρῶν τοῦ ἀργύρου δεσπότης, ἀντὶ τῶν νε΄. νομισμάτων, ἕτερα ιστ΄. δίμοιρον, τουτέστι μα΄. πρὸς τῷ διμοίρῳ νομίσματα ἔχων ἐπὶ τῇ πάσῃ διατιμήσει τοῦ βώλου. ταῦτα οὖν τὰ ιστ΄. δίμοιρον λήψεται ὁ τῶν ι΄. λιτρῶν τοῦ ἀργύρου δεσπότης, οὐκ ἐν νομίσμασιν, ἀλλ' ἐν πλείονι σταθμῷ τοῦ ἀργύρου."

igitur post commixtam et confusam utriusque nostrûm argenti massam, libra quaelibet digna est aureorum VIII. cum triente: et ita dominus librarum X. argenti damnum accepisse videtur X. cum besse: nam pro centum aureis, habet tantum in massa communi LXXXIII. cum triente pro totius massae aestimatione. Dominus autem quinque librarum argenti, pro viginti quinque aureis alios XVI. cum besse habet, hoc est, XLI. cum besse, pro totius massae aestimatione. Hos igitur XVI. cum besse feret dominus decem librarum: non quidem in nummis, sed in majore argenti pondere."

Ich will nun dieses Beyspiel etwas erläutern und vereinfachen. A. hatte 5 Loth 18karäthiges Gold, das Loth zu 30 fl. gerechnet. Der Werth derselben betrug also —:· 150 fl. B. hatte 5 Loth 14karäthiges Gold, das Loth zu 20 fl. gerechnet, der Werth desselben betrug also im Ganzen —:· 100 fl. Durch die Verschmelzung beyder ist nun eine Masse von 10 Loth 16karäthiges Gold entstanden, und 1 Loth desselben im Werth zu 25 fl., das Ganze also zu 250 fl. zu berechnen. An diese Masse, deren Gesammtwerth —:· 250 fl. beträgt, haben nun zu fordern A. 150 fl. B. 100 fl. Würde man nun die Masse gleich vertheilen, so erhielte A. nur 5 Loth zu 25 fl. = 125 fl. B. 5 Loth zu 25 fl. = 125 fl. A. erhielte also im Werth 25 fl. zu wenig, B. 25 fl. zu viel. Um nun dem A. seinen in der Masse befindlichen Werth zu ersetzen, muß man ihm 6, dem B. aber nur 4 Loth zutheilen, denn dann hat A. wieder 6 × 25 = 150 fl. B. 4 × 25

= 100 fl., also denselben Werth, den Jeder vor der Verschmelzung hatte. — Wenn nun unser §. mit den Worten schließt „et si incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet“, so müssen wir das Gewicht auf die Worte „in massa“ legen, denn hieraus folgt noch nicht, daß derjenige, welcher in unserm obigen Beyspiel nur etwa sagen würde, es sey von ihm 18karäthiges Gold in die Masse gekommen, die rei vindicatio anstellen könnte, denn so in den Tag hinein vindicirt man nicht, auch sagt ja Paulus

Fr. 6. pr. D. h. t.

ausdrücklich: „sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur“, sondern der Sinn dieser Stelle ist nur der, daß dem Vindicanten nicht zugemuthet werden könne, sich gleich auch darüber bestimmt auszusprechen, der wievielte Theil der aus der Verschmelzung entstandenen Masse ihm gebühre. In unserm obigen Beyspiel also könnte dem A. nicht zugemuthet werden, sich sogleich darüber auszusprechen, daß ihm sechs Zehntheile hievon gebühren, sondern es genügt, wenn er auch nur im Allgemeinen seinen verhältnißmäßigen Antheil fordert. Nun fährt Paulus

Fr. 4. D. h. t.

also fort: „Quo quidem casu, etiam communi dividundo agi poterit. Sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat: in vindicatione, vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat“ — Der Grund aber, warum auch die actio communi dividundo hier Statt findet, besteht nach dem

§. 27. I. de R. D. (2, 1.)

„Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint; totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint: Sed et si diversae materiae sint, et ob id propria species facti sit: forte ex vino ex melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est. Nam et hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint, vel ejusdem generis materiae,

vel diversae, idem juris esse placuit“ — darin, weil eine massa communis durch die Verschmelzung entstanden ist. Hier belehrt uns aber Paulus, daß wenn die Verschmelzung nicht mit Einwilligung beyder Theile oder rein zufällig, sondern bloß von einem Theile, und zwar absichtlich oder dolose geschehen sey, auch die actio furti (wovon der 2te Titel des 47sten Buchs), oder die actio ad exhibendum (wovon der 4te Titel des 10ten Buchs handelt), angestellt werden können. Diese zwey Klagen, welche nur bey einer absichtlichen Verschmelzung Statt finden, unterscheiden sich aber von der rei vindicatio und der actio communi dividundo darin, daß sie, auch abgesehen von der Eigenschaft der actio furti als einer Strafklage (actio poenalis), auf den Ersatz des Werths gehen, während die beyden Letztern nur auf Zuscheidung eines verhältnißmäßigen Antheils an der gemeinschaftlichen Masse gerichtet werden können, wie wir bereits an dem obigen Beyspiel gesehen haben. Nun fährt aber Ulpian

Fr. 5. pr. D. h. t.

also fort: „Idem Pomponius scribit: Si frumentum duorum, non voluntate eorum, confusum sit: competit singulis in rem actio in id, in quantum paret, in illo acervo suum cujusque esse. Quod si voluntate eorum commixta sunt: tunc communicata videbuntur, et erit communi dividundo actio.“ — Hier mag auch zur Erläuterung sogleich der

§. 28. I. de rer. divis. (2, 1.)

eine Stelle finden: „Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit: si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrûm totum id frumentum retineatur: in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale

cujusque frumentum fuerit.“ — Bey Verschmelzung von Metallen findet nehmlich, diese mag nun mit Einwilligung der Eigenthümer oder durch bloßen Zufall geschehen seyn, die rei vindicatio oder die actio communi dividendo Statt. Bey Getraide aber, welches unter einander vermischt wurde, findet, wenn die Vermischung zufällig geschehen ist, die rei vindicatio, wenn sie aber mit dem Willen beyder Eigenthümer geschehen ist, die actio comm. divid. Statt; die Gründe hiefür liegen in der obigen Institutionen-Stelle. In Ulpian's

Fr. 5. §. 1. D. h. t.

„Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum: quosdam existimasse, id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse, qui fecit: quoniam suam speciem pristinam non continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit: quia deduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur: quia separari potest: agetur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit: utputa, si aes, et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. Nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est: quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen“ — aber sind mehrere ganz verschiedene Fälle enthalten. Der erste Satz beschäftigt sich mit dem Falle, wenn aus dem Wein des Einen und dem Honig des Andern eine Mischung gemacht wurde, daß nun hier, wenn die Mischung absichtlich gegen den Willen des Einen gemacht wurde, diesem sowohl die actio furti als die ad exhibendum zustehe, kann nach dem oben (S. 503) Bemerkten nicht bezweifelt werden. Eben so wenig ist es zu bezweifeln, daß wenn die Mischung mit Einwilligung beyder Theile geschehen ist, die actio communi dividundo Statt finde. Wenn aber die Mischung durch einen bloßen Zufall entstanden ist, dann kann nach Ulpian, und wie er sich in unserer Stelle ausspricht, weder die rei vindicatio noch die actio communi dividundo Platz greifen, sondern die ganze Masse wird Eigenthum desjenigen, welcher sie vermischt hat, weil die vermischten Flüssigkeiten nicht mehr von einander geschieden werden können. Mit dieser Ansicht stimmt freilich Gajus

Fr. 7. §§. 8. u. 9. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

nicht überein: §. 8. „Voluntas duorum dominorum miscentium materias, commune totum corpus efficit: sive ejusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt, vel argentum conflaverunt: sive diversae, veluti si alius vinum contulerit, alius mel, vel alius aurum, alius argentum, quamvis et mulsi, et electri, novi corporis sit species. §. 9. Sed etsi sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae, vel ejusdem generis, vel diversae, idem juris est.“ — Denn Gajus sagt ausdrücklich, daß zufällige Vermischung der mit Einwilligung beyder Theile gleich zu stellen sey, und wie Gajus drückt sich auch der oben (S. 503) abgedruckte §. 27. I. aus. Nun ist zwar streitig, ob in der Paraphrase des Theophilus

ad h. l. Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 234.

statt „τὸ αὐτὸ γενήσεται“, welche Lesart Reitz annimmt, nicht „οὐ τὸ αὐτὸ γενήσεται“ gelesen werden sollte, was denn offenbar mit unserer Institutionen-Stelle nicht übereinstimmen würde, allein daß τὸ αὐτὸ die rechte Lesart ist, glaube ich einmal, weil auch die Basilicen

L. L. tit. 1. Fr. 6. §§. 8. u. 9. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 35.)

die beyden §§. des Gajus zusammengenommen also geben: „Τὸ ἐξ ἐμῆς καὶ σῆς ὕλης εἶδος, ἐπίκοινον ἔσται.“ — „Species ex tua et mea materia facta communis erit“, freilich sagen die Basilicen bey unserer Ulpian'schen

L. XV. tit. 1. Fr. 5. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 196.)

gerade das Gegentheil, nehmlich: „οὐκ ἔστι κοινὸν, ἀλλὰ τοῦ ποιήσαντος“ — „non est commune, sed ejus, qui fecit“, und auch sie tragen auf beyden Achseln Wasser, allein für das τὸ αὐτὸ des Theophilus spricht der Umstand, daß wir seine eigenen Worte, nehmlich „τὸ αὐτὸ γενήσεται“ bey Harmenopulus

Πρόχειρον νόμων. Manuale legum. L. II. tit. 1. §. 24. (in Tomo Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 107.)

wieder finden. Nehmen wir aber auch immer, wofür gewiß gewichtige Gründe sprechen, eine Uebereinstimmung zwischen der Paraphrase des Theophilus und den Institutionen an, so ist damit die gedoppelte Antinomie zwischen

den verschiedenen Digesten-Stellen unter sich und der Institutionen-Stelle noch nicht gehoben, und es fragt sich daher immer: quid juris? Hierauf erwiedere ich Folgendes: daß in unserer Institutionen-Stelle eine frühere Controverse entschieden werden wollte, geht zwar allerdings nicht aus ihr selbst, sondern aus dem §. 25. derselben (wovon unten) hervor; wenn nun gleich in dem §. 25. zunächst eine andere Controverse beseitigt wurde, so dürfen wir doch annehmen, daß die Verfasser der Institutionen auch bey den folgenden §§. und namentlich bey unserem §. 27. die weiteren aus der Haupt-Controverse entsprungenen Neben-Controversen beseitigen wollten, und so auch die vorliegende Controverse durch unsern §. 27. wirklich beseitigt haben, und was somit dieser §. 27. enthält, dürfen wir unbedenklich als das geltende Justinianeische Recht ansehen. Nach diesem würde also auch hier nicht bloß die actio ad exhibendum, welcher allein Ulpian's Ansicht noch Raum läßt, sondern auch die actio communi dividundo Statt finden. Gehen wir nun zu dem zweiten Satze unsers §. 2. über. Dieser zweite Satz führt uns zu der früher bestandenen Haupt-Controverse, und wir müssen hier die Nachrichten des Gajus mit der betreffenden Institutionen-Stelle vergleichen.

L. II. §. 79.

„In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis (*aut olivis, aut spicis*), meis vinum aut oleum, aut frumentum feceris, quaeritur: utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum? item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, aut ex meis tabulis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum aut collyrium feceris: (*quaeritur*), an meum (*sit*)? quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut, cujus materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero *ejus rem* esse putant, qui fecerit; idque maxime diversae scholae auctoribus visum est: sed eum quoque, cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem;

ncc minus adversus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt“ — und

Fr. 7. §. 7. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

„Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit: Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse qui fecerit: quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset: quia sine materia nulla species effici possit. Veluti si ex auro, vel argento, vel aere vas aliquod fecero: vel ex tabulis tuis navem, aut armarium, aut subsellia fecero: vel ex lana tua vestimentum: vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum, aut collyrium: vel ex uvis, aut olivis, aut spicis tuis vinum, vel oleum, vel frumentum. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt: si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. Ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri, vel argenti, vel aeris reverti potest: vinum vero, vel oleum, vel frumentum, ad uvas, et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum: vel emplastrum, aut collyria, ad medicamenta reverti possunt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.“

§. 25. I. de rer. div. (2, 1.)

„Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit? ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento, vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum

miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimenta fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit. Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium: si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti, vel auri reduci. Vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest, at ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dederit, sed et partem ejus materiae praestiterit.“ — Mag hier auch noch die Paraphraſe des Theophilus

ad h. §. (Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 229—232.)

eine Stelle finden.

„Ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης εἶδος ἐποίησέ τις· ζητεῖται, τίς τοῦ εἴδους ἔσται δεσπότης κατὰ τὸν Φυσικὸν λόγον· πότερον ὁ τὴν ὕλην εἰς εἶδος ἀμείψας, ἢ ὁ τῆς ὕλης δεσπότης, κύριος ἔσται καὶ τοῦ εἴδους; οἷον ἐξ ἀλλοτρίων Φαρμάκων ἔμπλαστρον ἢ κολλούριον συντέθεικεν, ἢ ἐξ ἀλλοτρίων σταφυλῶν ἢ ἐλαιῶν ἢ σταχύων, οἶνον ἢ ἔλαιον ἢ σῖτον ἐποίησέ τις· ἢ ἐξ ἀλλοτρίου χρυσοῦ ἢ ἀργύρου ἢ χαλκοῦ ἐποίησέ τις σκεῦος, ἢ ἐξ ἀλλοτρίου οἴνου καὶ μέλιτος ἐποίησεν οἰνόμελι· ἢ ἐξ ἀλλοτρίου ἐρίου ἱσθῆτα ἐποίησεν, ἢ ἐξ ἀλλο-

„Ex aliena materia speciem quis fecit. Quaeritur, quis speciei futurus sit dominus naturali ratione: utrum qui materiam in speciem mutavit, an dominus materiae etiam dominus speciei sit futurus? Veluti, ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuit, vel ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum quis fecit, vel ex alieno auro aut argento aut aere vas fecit aliquis, vel ex alieno vino et melle fecit

τρίων σανίδων πλοῖον, (ἢ ἀρμάριον ἢ ὑποπόδιον κατεσκεύασε.) Καὶ γεγόνασεν ἐπὶ τούτων πολλαὶ Φιλονεικίαι τῶν Σαβινιανῶν καὶ τῶν Προκουλιανῶν. Οἱ μὲν Προκουλιανοὶ ἔλεγον, τὸν τὸ εἶδος κατασκευάσαντα, γίνεσθαι δεσπότην τοῦ κατασκευασθέντος. Οἱ δὲ Σαβινιανοὶ τὸν τῆς ὕλης δεσπότην κύριον ἠβούλοντο εἶναι τοῦ εἴδους. Τρίτη δὲ γέγονε γνώμη, μέση τις οὖσα, ἥτις ποτὲ μὲν τοῖς Σαβινιανοῖς, ποτὲ δὲ τοῖς Προκουλιανοῖς συντρέχει, ἦν καὶ ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν ἐπελέξατο δεσπότης· Φησὶ γὰρ ἡ τρίτη γνώμη, εἰ τὸ κατασκευασθὲν εἶδος ἀναλυθῆναι δύναται εἰς τὴν παλαιὰν ὕλην, ἐξ ἧς γέγονεν, ὁ τῆς ὕλης δεσπότης καὶ τοῦ εἴδους ἔσται δεσπότης· εἰ δὲ τὸ εἶδος ἀναδραμεῖν εἰς τὴν ἀρχαίαν ὕλην οὐ δύναται, τὸν κατασκευάσαντα τὸ εἶδος, εἶναι τοῦ γενομένου δεσπότην· οἷον ὡς ἐπὶ θέματος, ἀπὸ βώλου χαλκοῦ ἢ ἀργύρου ἢ χρυσοῦ τὸ κατασκευασθὲν σκεῦος, δύναται χωνευθὲν τὴν ἀρχαίαν ἀποτελέσαι μορφὴν χαλκοῦ ἢ ἀργύρου ἢ χρυσοῦ· ὁ δὲ οἶνος ἢ τὸ ἔλαιον ἢ ὁ σῖτος, εἰς σταφυλὰς ἢ ἐλαίας ἢ στάχυας ὑποστρέφειν οὐ δύναται· ἀλλ' οὐδὲ τὸ οἰνόμελι εἰς οἶνον καὶ μέλι διαλύεσθαι δύναται. Ταῦτα μὲν, ἐν ᾧ ἡ πᾶσα ὕλη ἀλλοτρία ἦν. Εἰ δὲ ἐξ ἐμῆς καὶ σῆς ὕλης ἐποίησά τι εἶδος, οἷον ἐξ ἐμοῦ οἴνου καὶ σοῦ μέ-

mulsum, vel ex aliena lana vestem fecit, vel ex alienis tabulis navem (aut armarium aut suppedaneum fabricavit). Et fuerunt super his multae contentiones Sabinianorum ac Proculianorum. Proculiani quidem dicebant, eum qui speciem fabricasset, dominum fabricatae rei fieri: Sabiniani autem dominum materiae volebant dominum esse speciei. Exstitit porro tertia sententia, quodammodo media, quae aliquando Sabinianis, aliquando Proculianis consentit, quam et religiosissimus Dominus noster elegit. Dicit enim tertia sententia: si fabricata species resolvi potest in priorem materiam, ex qua facta fuit, materiae dominus etiam speciei erit dominus: si vero species in veterem materiam reverti non potest, eum qui speciem fabricaverit, dominum esse rei confectae. Veluti in hac specie: Ex massa aeris vel argenti vel auri confectum vas potest conflatum pristinam aeris vel argenti vel auri formam reddere: ast vinum vel oleum vel frumentum, in uvas vel olivas vel spicas reverti non potest: immo neque mulsum in vinum et mel resolvi potest. Haec quidem locum habent,

λιτος

λιτος οἰνόμελι· ἢ ἐξ ἐμῶν καὶ σῶν Φαρμάκων ἔμπλαστρον· ἢ ἐξ ἐμοῦ καὶ σοῦ ἐρίου ἐσθῆτα, ἀναμφίβολον ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος, τοῦτον εἶναι δεσπότην τὸν κατασκευάσαντα· οὐ γὰρ μόνον οἰκείαν ἐργασίαν ἐδαπάνησε περὶ τὸ εἶδος, ἀλλὰ καὶ μέρος παρέσχε τῆς ὕλης."

ubi omnis materia aliena fuit. Si vero ex mea materia ac tua speciem aliquam fecero, veluti ex meo vino ac tuo melle mulsum; aut ex medicamentis meis ac tuis emplastrum: aut ex mea lana ac tua vestem: in hac specie non est controversum, eum esse dominum, qui fecerit: non enim suam modo operam in speciem impendit, sed et partem materiae praebuit."

Freilich kommen hier die Institutionen am Ende auf die Meinung Ulpian's im ersten Satz unsers §. und consequent ist es wenigstens nicht, wenn sie nun auf einmal im §. 27. wieder ihre Sprache ändern und eine gemeinschaftliche Masse bey zufälliger Vermischung entstehen lassen, consequenter wäre allerdings die Ulpian'sche Ansicht. Aber die Inconsequenz der Institutionen habe ich nicht zu verantworten, sie vertheidigen mag und kann ich nicht. — Wenn also die verschiedenen Bestandtheile der durch die Verschmelzung entstandenen Masse sich wieder trennen lassen, findet, wenn diese zufällig war, nur die rei vindicatio, bey doloser Verschmelzung aber auch die actio furti und ad exhibendum Statt. Der dritte und vierte Satz aber finden in demjenigen, was bereits oben (S. 501—503 u. 505) und zum Fr. 3. §. 2. Fr. 4. und zum ersten Satze unsers §. bemerkt wurde, ihre vollständige Erläuterung. Zu

Fr. 5. §. 2. D. h. t.

„Idem scribit, si equam meam equus tuus praegnantem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est" — weiß ich nichts zu bemerken.

Fr. 5. §. 3. D. h. t.

„De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit, et radices immisit: Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet." — Mit dieser Stelle müssen wir folgende vergleichen. Gajus

Fr. 7. §. 2. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

von welcher der

§. 21. I. de rer. div. (2, 1.)

eine beynahe wörtliche Abschrift ist. „Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit: palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.“ — Gajus

Fr. 7. §. 13. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

„Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit. Antequam enim radices ageret, illius permanet, cujus et fuit. His conveniens est, quod si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus fundo radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est.“

§. 31. I. de rer. div. (2, 1.)

„Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso: si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit: si modo utroque casu radices egerit, ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus et fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur: ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.“ — Paulus

Fr. 26. §. 2. D. de adquir. rer. dom. (41. 1.)

„Arbor radicitus eruta, et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est: ubi coaluit, agro cedit: et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.“ — Ulpian

Fr. 9. §. 2. D. de damn. inf. (59, 2.)

„Nec arbor potest vindicari à te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit.“ — Diese Stellen

weiß ich nun mit unserm §. nicht anders zu reimen, als daß man dem früheren Eigenthümer der Bäume dasjenige, was man ihm mit der einen Hand nahm, nehmlich die rei vindicatio directa, mit der andern Hand, zwar nicht dem Namen, aber der Sache nach, wieder gab — nehmlich die rei vindicatio utilis, und die letztere Stelle Ulpian's, welche mit unserm §. im Widerspruch steht, kann daher auch nur auf die rei vindicatio directa bezogen werden. Zu

Fr. 5. §. 4. D. h. t.

„Cum in rem agatur, si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo, recte actum esse videtur" — habe ich nichts zu bemerken, und dasselbe ist bey dem

§. 5.

„Si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes: nec appareat, de quo actum sit: Pomponius dicit: nullam fieri condemnationem" — der Fall. Auch des Paulus

Fr. 6. D. h. t.

„Si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem, et quotam petat? Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit: quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet. Sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem? Et magis est, ut utrumque. Nam illud inhumanum est, cogi nos dicere: trita sint, an nova? Quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem duntaxat dici oporteat: an etiam quadrata vel rotunda: vel pura, an caelata sint? quae ipsa in petitionibus quoque adjicere difficile est: nec ita coarctanda res est: licet in petendo homine nomen ejus dici debeat: et utrum puer, an adolescens sit? utique si plures sint, sed, si nomen ejus ignorem, demonstratione ejus utendum erit, veluti: qui ex illa hereditate est, qui ex illa natus est. Item fundum petiturus, nomen ejus, et quo loci sit, dicere debebit" — bedarf keiner weitern Erklärung. Nur habe ich hiebey die Bemerkung zu machen: daß in dieser Stelle ein Hauptbeweis für den oben (S. 496) von mir schon

aufgestellten Satz, daß sich die früheren Formen bey der rei vindicatio lediglich auf die Zeit der legis actiones beschränkten, und zur Zeit der Formeln nicht mehr anwendbar waren — liegt, denn die genaue Bezeichnung der vindicirten Sachen war wohl da nicht nothwendig, wo sie selbst, was bey der früheren legis actio der Fall war, herbeygeschafft werden mußten. Paulus

Fr. 7. D. h. t.

„Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est: nihilominus à possessore recte petitur, sicut Pedius ait.“ — Was die Worte: „qui se liti obtulit“ eigentlich besagen wollen, haben wir bereits oben (S. 386) und dort auch gesehen, daß dasselbe bey der hereditatis petitio der gleiche Fall ist. Derjenige nehmlich: „qui se liti obtulit“, unerachtet er nicht Besitzer der Sache war, und eben deßwegen den jussus judicis nicht befolgen konnte, somit in die litis aestimatio verurtheilt werden mußte (vgl. I. Band S. 449 ff.), konnte natürlich den Besitzer der Sache nicht befreien, weil er dem Vindicanten mittelst der Litis-Contestation (S. 300 u. 301) haftete, und somit nur seine eigene Verbindlichkeit erfüllte (vgl. auch S. 367), wie wir auch ersehen aus Ulpian's

Fr. 25. D. h. t.

„Is, qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait. Quae sententia vera est, sed hoc post litem contestatam: caeterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui decessit“ — und Paulus

Fr. 26. D. h. t.

„Nam, si actor scit, tunc is non ab alio, sed à se decipitur, et ideo reus absolvitur.“ — Einen ganz besondern Fall aber trägt Paulus in dem

Fr. 8. D. h. t.

vor: „Pomponius libro XXXVI. probat: si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Lucius Titius possideatis: non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus totum semissem. Aliter atque si certis regionibus, possideatis eum

fundum: nam tunc sine dubio et à te, et à Titio partes fundi petere me debere. Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.“ — Die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 8. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 197.)

geben diese Stelle auf folgende Weise:

„Ἐὰν ἀγρὸν ἐξ ἴσου ἐμοὶ καί σοι διαφέροντα, κοινῶς σὺ καὶ Πέτρος νέμησθε ἐξ ἀδιαιρέτου, κατὰ Πέτρου ὀφείλω μόνον κινεῖν. εἰ δὲ διῃρημένως νέμεσθε, ἀνὰ τέταρτον ἑκδικῶ ἐξ ἑκατέρου, καὶ σὺ ἀπὸ Πέτρου τὸ ἄλλο τέταρτον. τοῦτο δὲ χώραν οὐκ ἔχει ἐπὶ κινητῷ πράγματι, ἢ κληρονομίᾳ· οὐδεὶς γὰρ διῃρημένως αὐτὰ νέμεται.“

„Si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Petrus pro indiviso possideatis, adversus Petrum duntaxat agere debeo. Sed si pro diviso possideatis, ab utrisque quadrantem peto: et tu à Petro alterum quadrantem. Et hoc neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet. Nullus enim ea pro diviso possidet.“

Es trägt nun wirklich auch sehr viel zur Erläuterung dieser Stelle bey, wenn man mit den Basilicen unterscheidet, ob die beyden Besitzer pro indiviso oder pro divisis partibus besitzen. Der Fall, von welchem unsere Stelle handelt, ist folgender: A. behauptet, daß ihm an einem Grundstück, welches B. und C. besitzen, die Hälfte gebühre. Den B. erkennt er als Eigenthümer der einen Hälfte an, den C. aber nicht. Hier ist nun zu unterscheiden, ob B. und C. das fragliche Grundstück ungetheilt besitzen, oder ob sie es unter sich getheilt haben? Im ersteren Falle belangt A. nicht den B. und C., sondern bloß den C. mittelst der rei vindicatio. Im zweyten Falle aber fordert er von B. ein Viertheil und von C. ein Viertheil, dieß, weil A. nur eine Hälfte an dem fraglichen Grundstück im Allgemeinen, nicht eine bestimmte Hälfte desselben ansprechen kann, wonach er also aber im letzteren Falle offenbar von jeder Hälfte die Hälfte ansprechen muß, weil von der von ihm angesprochenen

Hälfte Jeder die Hälfte besitzt. Der letztere Fall kann nun allerdings bey beweglichen Sachen nicht eintreten, weil man bewegliche Sachen nicht pro diviso besitzen kann. Warum aber dieser Unterschied bey der hered. pet. nicht eintreten könne? ist nicht ganz klar. Der von Ulpian angeführte Grund paßt nur auf res mobiles, denn nur diese kann man nicht pro diviso besitzen. Bey der hered. pet. dagegen läßt sich nur der Grund denken, weil jeder Besitzer in unserem Beyspiel B. und C. als possessor partis fundi hereditarii zu betrachten ist. Nun berichtet uns Ulpian

Fr. 9. D. h. t.

„Officium autem judicis in hac actione in hoc erit: ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat. Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.“ — Wenn in unserer Stelle die Worte: „ubi enim probavi rem meam esse“, vorkommen, so sind diese ganz richtig, denn auf dem Gebiete der rei vindicatio muß, wie ich auch oben (S. 493) schon bemerkt habe, der Kläger beweisen, daß er das Eigenthumsrecht auf irgend eine civile Weise erworben habe. Der Streit aber, welchen Ulpian mit dem Pegasus hat, ist offenbar derjenige Inhalt unserer Stelle, auf welchen wir das meiste Gewicht zu legen haben. Daß die rei vindicatio nur gegen den Besitzer der Sache angestellt werden könne, darüber sind Beyde einig. Nun fragt es sich aber: kann die rei vindicatio gegen jeden Besitzer, oder nur gegen eine gewisse Art von Besitzern angestellt werden? Ohne mich hier in die ohnehin sehr schwierige und intricate Lehre vom Besitz, welche freilich auch zunächst wieder auf ganz einfachen Grundsätzen beruht,

einzulassen, will ich doch hier nur kurz bemerken: daß es zunächst zweierley Arten des Besitzes gibt. Ich kann nehmlich einmal für mich und in meinem eigenen Namen besitzen, und dieser Fall wird überall da vorkommen, wo ich mich für den Eigenthümer der besessenen Sache halte, in diesem Falle besitze ich meo nomine. Nun besitze ich zwar auch eine Sache, welche ein Anderer mir geliehen, verpachtet, oder bey mir hinterlegt hat, aber hier besitze ich nicht als wenigstens vermeintlicher Eigenthümer der Sache, sondern nur in Folge eines zwischen mir und dem Eigenthümer der Sache bestehenden besondern Rechtsverhältnisses. Den Besitz betrachte ich nicht als Ausfluß meines Eigenthumsrechts, sondern als Ausfluß oder Folge eines zwischen mir und dem Eigenthümer bestehenden besondern Rechtsverhältnisses, alieno nomine, nicht für mich, sondern für ihn besitze ich. Pegasus wollte nun die rei vindicatio zunächst nur auf solche beschränken, welche in eigenem Namen besitzen, Ulpian aber dehnte sie auch auf diejenigen aus, welche in fremden Namen besitzen. Daß Ulpian hier die Ansicht des Pegasus geradezu verwirft, ist auf den ersten Augenblick sehr auffallend. Die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 197 u. 198.)

geben diese Stelle unverändert, und merkwürdig ist, daß die Scholiasten der Basilicen, welche zu dieser Stelle einige ganz unbedeutende Bemerkungen machen, die Controverse zwischen Pegasus und Ulpian gar nicht berühren. Hieraus dürfen wir aber nicht sogleich den Schluß ziehen, daß die Scholiasten der Basilicen diese Controverse und Ulpian's Ansicht übersehen, oder daß sie dieselbe, weil sie die Lösung zu schwierig fanden, absichtlich beseitigt haben, sondern es bleibt noch ein dritter möglicher Fall, nehmlich der übrig, daß den Scholiasten die Ansicht Ulpian's so klar war, daß sie es für etwas ganz Ueberflüssiges hielten, über dieselbe nur Etwas zu bemerken. Der letztere Fall trat wenigstens bey den neueren Interpreten nicht ein. Auf diese Frage hat sich nun auch unser Verfasser S. 194 bis 197 eingelassen, seine Ansicht aber vermag ich nicht zu theilen, denn ich muß aufrichtig gestehen, daß wenn Ulpian die Ansicht gehabt hätte, daß derjenige, welcher nicht für sich, d. h. in eigenem Namen besitzt, nur dann mit der

rei vindicatio belangt werden könne, „si se liti obtulit“, so würde offenbar das Gewicht nicht auf die nudam possessionem, wie sie die Basilicen in unserer Stelle nennen, oder die nudam detentionem zu legen sey, denn um als fictus possessor oder als liti se offerens behandelt zu werden, dazu bedarf es nicht einmal der nuda possessio oder detentio, sondern bloß des offerre se liti, wovon oben S. 514 die Rede war. Den Satz des Pegasus, daß derjenige, welcher nicht in seinem Namen für sich — oder um mich deutlicher auszudrücken, als anmaßlicher oder vermeintlicher Eigenthümer besitze, mit der rei vindicatio belangt werden könne, hat Ulpian bestritten, und den Gegensatz aufgestellt, daß auch der nudus detentor mit solcher belangt werden könne. Auch ist mir nicht klar geworden, was v. Savigny

das Recht des Besitzes. 4te Aufl. Gießen 1822. S. 14. 36. 59. 68.

über unser Fragment sagt. Meiner Ansicht nach hat man aber auf diejenigen Worte, auf welche das entscheidende Gewicht zu legen ist, bisher dasselbe nicht gelegt. Das entscheidende Gewicht liegt nehmlich für mich in den Worten: „qui tenent, et habent restituendi facultatem“, und hier lege ich nun zunächst auf die copula „et“ einen großen Werth, nicht bloß das „tenere“, sondern auch das „habere restituendi facultatem“ fordert Ulpian, und zwar conjunctiv. Das bloße „tenere“ ohne das „habere restituendi facultatem“ entscheidet daher noch nicht. Wenn wir uns nun klar machen, was unter dem mit „tenere“ conjunctiv verbundenen „restituendi facultatem habere“ zu verstehen sey? so wird wohl die Schwierigkeit verschwinden. Einmal geht nehmlich aus der Qualification dieses „tenere“, wie ich es nennen möchte, hervor, daß nicht gegen alle „nudos possessores“ die rei vindicatio angestellt werden könne, sondern bloß gegen diejenigen, welche „restituendi facultatem habent“, d. h. gegen diejenigen, welche wirklich die vindicirte Sache, und zwar mit rechtlicher Wirkung dem Vindicanten einräumen können. Nun wäre es wohl lächerlich, wenn ein Vindicant, welcher weiß, daß der wirkliche Besitzer, d. h. derjenige, welcher für sich im eigenen Namen besitzt, die Sache, welche er vindiciren will, einem Andern geliehen, oder sie bey einem Andern hinterlegt habe, nunmehr schnell

denjenigen, welchem er die Sache geliehen, oder bey welchem er sie hinterlegt hat, mit der rei vindicatio belangen wollte, und den Unsinn, daß wenn dieser auch einwenden würde, er habe die Sache von dem Andern nur entlehnt, oder diese Sache sey nur bey ihm hinterlegt, er könne sie gar nicht ausfolgen, er würde sich ja der actio commodati oder depositi aussetzen, dennoch der Richter nun gegen ihn, und zwar als nudus detentor erkennen sollte, diesen Unsinn, sage ich, hat Ulpian gewiß nicht behauptet, auch möchte ich doch wohl wissen, wie man es mit andern Rechtsgrundsätzen vereinigen möchte, den armen Commodatar oder Depositar einer solchen Klage auszusetzen, und welche Wirkung sollte nun auch ein solches Erkenntniß gegen den Commodanten oder Deponenten haben? Doch man sieht schon aus diesem Beyspiel: daß ja der Commodator, oder der Depositar immer behauptet: „non habeo facultatem restituendi“, d. h. wenn ich mich ja auch deinen Ansprüchen fügen wollte, so kann und darf ich ja nicht, denn ich selbst würde ja dem Deponenten oder Commodanten haften. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn der Commodant oder Deponent selbst gegen seinen Commodatar oder Depositar mit der rei vindicatio auftritt, denn dann ist der Commodatar oder Depositar außer Gefahr, auch noch von einem Andern mit der actio commodati oder depositi belangt zu werden. Hier hat er facultatem restituendi, und nur diesen Fall hat Ulpian im Auge. Gewiß aber war es ihm auch nicht um den Commodanten oder Deponenten, denn diese hatten ja immerhin eine eigene Klage, zu thun, auch würden wohl dieselben im eigenen Interesse in den meisten Fällen die actio commodati oder depositi der rei vindicatio vorzuziehen haben. Aber Ulpian dachte hier an mehrere Fälle, in welchen es sehr zweifelhaft erscheinen dürfte: ob und welche Klage dem Eigenthümer gegen den Besitzer der Sache, welcher nicht auf den Grund eines anmaßlichen oder vermeintlichen Eigenthums-Rechts besaß, zustehe? Ulpian nennt hier einmal denjenigen, welcher wegen nicht geleisteter Sicherheit wegen eines noch nicht eingetretenen aber drohenden Nachtheils (damnum infectum) in den Besitz der Sache, welche den Nachtheil drohte, eingesetzt wurde, daß dieser

auch, wenn sein Gegner wegen verweigerter Sicherheits-Leistung bereits in den Besitz eingesetzt war, sich eines Bessern besinnen, und annoch, um wieder selbst in den Besitz der Sache zu kommen, Sicherheit leisten konnte, ersehen wir aus der Stelle Ulpian's

Fr. 15. §. 2. D. de damn. inf. (39, 2.)

„Idem videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat" — denn das decedere oportere wird ja hier im Mindesten nicht bestritten. Nur muß man natürlich hier die immissio in possessionem, wie sie Ulpian

Fr. cit. §. 30.

nennt, oder die immissio ex primo decreto im Auge haben, denn nach der immissio jure dominii oder ex secundo decreto kann von einer Cautionsleistung keine Rede mehr seyn, nach Ulpian

Fr. cit. §. 33.

„Posteaquam autem quis possidere jure dominii à Praetore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi." Hier hatte nun der Eigenthümer, wenn er nach der immissio in possessionem noch Sicherheit geleistet hatte, der Immittirte aber demunerachtet nicht weichen wollte, keine andere Klage, als die rei vindicatio. Dasselbe ist auch dann der Fall, wenn eine Wittwe ventris nomine in possessionem missa est, und es sich nachher zeigt, daß sie gar nicht schwanger war, worüber ich mich hier auf die Tit. 5. und 6. des 25sten Buchs beziehen muß, und in den übrigen Fällen, welcher Ulpian erwähnt, und wovon gleichfalls an den geeigneten Orten die Rede seyn wird. — Daß nun die Worte „qui tenent, et habent restituendi facultatem" mit einander in einer unzertrennlichen Verbindung stehen, glaube ich bis jetzt nachgewiesen zu haben, und gerade diese Verbindung hebt auch die Schwierigkeit unserer Stelle. Paulus

Fr. 10. D. h. t.

„Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? et non malum est, (si) bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumtibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sunt" — bietet nur einige Schwierigkeiten in der Lesart, da aber die

Fassung der Basilicen hier zu Hülfe kommt, so will ich statt aller Erklärung diese hier benützen

L. XV. tit. 1. Fr. 10. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 198.)

'Ο καλῇ πίστει νομεὺς, ἢ ἔνθα ἐστὶ τὸ πρᾶγμα, ἀποκαθίστησεν αὐτὸ, ἢ ὅπου ἐνάγεται δαπάναις τοῦ ἀπαιτοῦντος πλὴν τῶν τροφῶν, τῆς ὁδοῦ καὶ τοῦ πλόος."

„Bonae fidei possessor, aut ubi res est, eam restituit, aut ubi agitur, sumtibus petitoris, qui in iter vel navigationem faciendi sunt, praeter cibaria."

Das Wesentliche unsers Fragments besteht also wohl darin, daß der bonae fidei possessor die Wahl zwischen diesen beyden Restitutionsorten hat. An diese schließt sich die weitere Stelle Ulpian's

Fr. 11. D. h. t.

an: „Nisi si malit petitor suis impensis, et periculo ibi, ubi judicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur" — denn wenn der Kläger durchaus darauf besteht, daß die Sache an dem Orte, wo sie rechtshängig war, restituirt werde, so muß er die ganzen Kosten des Transports auf sich leiden, der Beklagte aber ihm wegen der Restitution Sicherheit leisten. Nun fährt Paulus

Fr. 12. D. h. t.

also fort: „Si vero malae fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit: illic restituere debet, unde subtraxit, sumtibus suis." — Dasselbe Recht, welches dem bonae fidei possessor, steht mithin auch dem malae fidei possessor, worunter wohl auch der praedo zu verstehen seyn wird, zu, wenn er nehmlich der Sache an einem andern Orte, als wo die Sache rechtshängig war, sich bemächtigt hat. Hat er aber die Sache von demjenigen Ort, wo lis contestirt wurde, weggebracht, so muß er auf seine Kosten die Sache an den Ort der Litis-Contestation zurückbringen. Ulpian

Fr. 13. D. h. t.

„Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione

conveniri possessor possit. Unde quaeritur, an non aliâs judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum. Quae sententia vera est.“ — Daß hier von solchen Beschädigungen, welche die Sache durch Versehen oder Schuld des Besitzers erlitten hat, die Rede ist, ergibt sich schon aus der Concurrenz der rei vindicatio mit der lex Aquilia. Entweder konnte nehmlich der Vindicant schon mittelst der rei vindicatio den Ersatz des Schadens ansprechen, dann aber mußte er auf die actio ex L. Aquilia verzichten, oder er mußte, wie uns Paulus

Fr. 14. D. h. t.

belehrt: „Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum, sed ut duplum consequatur“ — auf den Schadenersatz, welchen er mit der rei vindicatio schon hätte erlangen können, verzichten, und dann kann er noch denselben mit der actio ex Lege Aquilia erlangen. Wenn hier aber Paulus davon spricht, daß der Kläger keineswegs den dreyfachen, wohl aber den gedoppelten Betrag des Schadens erhalten solle, so könnte man daraus den Schluß ziehen, der Kläger sey nicht genöthigt, mittelst der rei vindicatio den einfachen Schadensersatz zu fordern, sondern es stehe ihm frey, mit der actio ex Lege Aquilia den gedoppelten Betrag zu verlangen. Dieser Schluß wäre aber sehr irrig, denn die actio ex Lege Aquilia geht nur dann auf das duplum, wenn der Beklagte läugnet, daß die Sache durch seine Schuld beschädigt worden sey, worüber ich den Beweis auf den 2ten Titel des 19ten Buchs ersparen muß. Allem nach, und da auch nicht eine Variante sich vorfindet, ist anzunehmen, daß Paulus den Fall des Läugnens des Beklagten im Auge hatte. Ulpian

Fr. 15. pr. D. h. t.

„Item, si verberatum tradidit, Labeo ait: etiam injuriarum competere actionem petitori.“ — Hier ist nehmlich von der actio injuriarum aestimatoria die Rede, von welcher bey dem ersten Titel des 47sten Buchs das Weitere. Natürlich aber konnte der Kläger in einem solchen Falle,

in welchem er den Schadenersatz schon mittelst der rei vindicatio oder der actio ex L. Aquilia erlangt hatte, die actio injuriarum nicht mehr anstellen. Nun fährt Ulpian

Fr. 15. §. 1. D. h. t.

fort: „Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere. Nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur: aeque non amplius, quam pretium praestabit.“ — Die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 15. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 198 u. 199.)

drücken sich hierüber so aus:

Ἐὰν ὁ νομεὺς ἐξ ἀνάγκης τὸ πρᾶγμα πωλήσῃ ἢ τοὺς καρποὺς διὰ τὸ μὴ φθαρτῆναι, τὸ τίμημα μόνον δίδωσιν.“	„Si possessor rem ex necessitate distraxit, vel fructus, ne corrumperentur, pretium duntaxat restituit.“

Von einer Veräußerung vor der Litis-Contestation kann nun hier nicht wohl die Rede seyn, denn da der Beklagte die Sache nicht mehr besitzt, so würde er ja, wenn er demunerachtet litem contestirt hätte, als derjenige, qui se liti obtulit, behandelt werden müssen. Das vorliegende Fragment kann sich daher nur auf eine Veräußerung während der Litis-Contestation, und zwar auf eine nothwendige (ex necessitate) beziehen. Was aber hierunter zu verstehen sey? dafür führen die Scholien der Basilicen

ad h. l. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 220.)

zwey Beyspiele an:

„Τυχὸν βασιλέως τοῦ κελεύσαντος, ἢ ὅσπερ τὸ πρᾶγμα ἄφθαρτον ἦν.“	„Forte jussu principis, vel quia res facile corrumpi poterat.“

Eines zu dem ersteren Beyspiel gehörigen Falls erwähnt Ulpian selbst in unserem Fragment

§. 2.

„Item, si forte ager fuit, qui petitus est, et militibus adsignatus est, modico honoris gratia possessori dato: an hoc restituere debeat? Et puto praestaturum.“ — Denn hier wurde ja der Acker zu den Militär-Kolonieen verwendet, auf diese aber, aus welchen man gewöhnlich, und vielleicht nicht mit Unrecht, den Ursprung des deutschen Feudalwesens ableitet, kann ich hier nicht eingehen. Den

§. 3.

so wie des Paulus

Fr. 16. pr. D. h. t.

habe ich bereits oben (S. 415—417) erläutert, und der

§. 1.

„Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit“ — bedarf keiner Erklärung. In Ulpian's

Fr. 17. pr. D. h. t.

„Julianus lib. VI. Digestorum scribit: Si hominem, qui Maevii erat, emero à Titio: deinde, cum eum Maevius à me peteret, eundem vendidero: eumque emtor occiderit: aequum esse me pretium Maevio restituere“ — ist das Hauptgewicht auf die Worte: „cum eum Maevius à me peteret“ zu legen, wie auch die Basilicen

ad h. l. s. c. p. 199.

sich ganz richtig ausdrücken: „*καὶ κινῆς καὶ κατ' ἐμοῦ τὴν περὶ αὐτοῦ ἀγωγήν*“ — „et si moveris contra me rei vindicationem.“ — Durch diese Worte will nehmlich eine noch vor der Litis-Contestation geschehene Veräußerung bezeichnet werden. Denn nach der Litis-Contestation würde ja die Veräußerung noch ganz andere Folgen haben (vgl. I. Band S. 451 ff.), „aequum est“ aber sagt Ulpian, und auch diese Worte dürfen wir nicht unberücksichtigt lassen. Ulpian will nehmlich damit sagen, daß die rei vindicatio nur noch aus Grundsätzen der Billigkeit, nicht nach strengem Rechte zugelassen werde. Denn nach strengem Recht würde ja, da die Sache nicht mehr existirt, die rei vindicatio weder gegen den Verkäufer noch gegen den Käufer, selbst nicht auf den Ersatz des Werths, auf welchen sie hier allein gerichtet werden kann, Statt finden können. Vorausgesetzt nehmlich, daß der Käufer nicht davon, daß die rei vindicatio gegen den Verkäufer angestellt werden wolle, von dem petitor in Kenntniß gesetzt worden wäre, denn dann würde gegen ihn als malae fidei possessor die rei vindicatio jedenfalls Statt finden, nach der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 17. C. de rei vindic. (3, 32.)

„Si fundum vestrum, vobis per denuntiationem admonentibus volentem ad emtionem accedere, quod distra-

hentis non fuerit, non recte is, contra quem preces funditis, comparavit, vel alio modo mala fide contraxit: tam fundum vestrum constitutum probantibus, quam fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum, aditus praeses provinciae restitui jubebit." — Nun fährt Ulpian in unserm

Fr. 17. §. 1.

also fort: „Idem Julianus eodem libro scribit: Si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse. Idem Julianus ait, non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam: et ideo, et partum venire in restitutionem, et partuum fructus. Usque adeo autem et causae veniunt, ut Julianus lib. VII. scribit, si per eum servum possessor adquisierit actionem Legis Aquiliae, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere, et aliquis hominem injuria occiderit, aut pretium hominis, aut actiones suas praestare cogetur: utrum eorum voluerit actor. Sed et fructus, quos ab alio possessore percepit restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet. Sed fructus ejus temporis, quo tempore possessus est ab eo, qui evicerit, restituere non debet. Sed quod dicit de actione legis Aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor: quia plenum jus incipit habere." — Eine Stelle, welche wieder ihre versteckten Schwierigkeiten hat. Statt „sed quod dicit" bis zum Ende enthalten nehmlich die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 17. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 200.)

folgende Stelle:

„Τὸ εἰρημένον περὶ τῆς ἀπαιτήσεως χώραν ἔχει, ὅτι μετὰ προκάταρξιν ὁ νομεὺς διὰ χρήσεως κυριεύσῃ."

„Quod diximus de petitione, locum habet, cum post litem contestatam possessor usuceperit."

Daß diese Stelle der Basilicen hier ganz dasselbe enthalten, was unser Fragment, ist wohl auf den ersten Anblick klar. Daß die Worte unsers Fragments durch Abschreiber verdorben worden seyen, ist nicht anzunehmen, vielmehr haben wir hiefür auch nicht die leiseste Andeutung,

da die Lesart durchaus unbestritten ist. Untersuchen wir nun vorerst, welchen Sinn dann die in unserm Fragment befindliche Stelle habe? Ulpian excerpirte hier ein Werk Julian's, nehmlich das 6te Buch seiner Digesten. In diesem 6ten Buch behauptet Julian, daß nicht nur die fructus, sondern auch „omnis causa", d. h. jeder Zuwachs, Zubehör der Sache, welcher nicht unter den allgemeinen Begriff von Früchten subsumirt werden könne, zu restituiren sey. Hier schiebt Ulpian aus dem 7ten Buch der Digesten Julian's die Stelle „Usque, ad eo — cogendum" ein. Nach dieser Stelle behauptete Julian, daß der possessor auch die actio Legis Aquiliae, welche ihm in Beziehung auf einen Sklaven zugestanden, zu restituiren habe, und auf diese Behauptung Julian's bezieht sich nun die letztere Stelle Ulpian's. Letzterer sagt nehmlich, was Julian hier von der Restitution sage, sey nur für den Fall zu verstehen, wenn der possessor erst nach der Litis-Contestation das plenum dominium erworben habe. Unter dem plenum dominium kann ich nun aber nichts Anderes, als das frühere jus Quiritium im Gegensatze gegen das in bonis habere verstehen. Ulpian's Schluß war nehmlich offenbar folgender: da die actio Legis Aquiliae in der Regel nur dem dominus zusteht (worüber bey dem 2ten Titel des 9ten Buchs das Nähere), so kann man, wenn der Beklagte nicht erst post litem contestatam das plenum dominium erworben hat, eigentlich nach strengem Recht nicht behaupten, daß ihm schon früher die actio L. Aquiliae zugestanden sey, aber dem als dominus erklärten petitor steht sie ja schon als dominus zu, wozu also noch eine Restitution desjenigen an den Kläger, was er bereits hatte, und was der Beklagte allerwenigstens in dem Umfang nicht hatte. Ist aber der Beklagte erst nach der Litis-Contestation plenus dominus geworden, dann steht ihm ja die actio Legis Aquiliae zu, und deßwegen, weil sie ihm zusteht, muß er sie dem obsiegenden petitor restituiren. Dieß war, wenn mich nicht Alles trügt, der Sinn Ulpian's, und hieher läßt es sich auch ganz füglich beziehen, wenn Paulus in dem

von einer restitutio causae usucapionis spricht. Ganz dasselbe kann aber auch jetzt noch und nach der Justinianeischen Gesetzgebung eintreten, denn da nach ihr, wie aus dem nächstfolgenden Fragment sich ergeben wird, die usucapio durch die Litis-Contestation nicht unterbrochen wird, so wird ja der Beklagte während des Rechtsstreits dominus, und daher muß er auch noch jetzt die actio L. Aquiliae auf den obsiegenden petitor übertragen. Ulpian's Stelle beschränkt sich nicht nur auf die ursprüngliche usucapio, welche er aber namentlich im Auge gehabt zu haben scheint, sondern sie dehnt sich auch auf die nachgebildete Usucapion aus, und in Beziehung auf letztere ist sie noch jetzt geltendes Recht. Sie hätte daher auch noch in die Basilicen aufgenommen werden können, wurde aber aus ihnen vermuthlich deßwegen weggelassen, weil man glaubte, daß sie sich zunächst nur auf das ehemalige von Justinian aufgehobene dominium Quiritarium beziehe. Wahrscheinlich ist es aber der Schluß dieses Fragments, welcher das von Gajus herrührende

Fr. 18. D. h. t.

herbeygerufen hat: „Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere. Periculum est enim, ne eum vel pigneraverit, vel manumiserit.“ — In Beziehung auf dieses Fragment habe ich mich nun zunächst, und so weit es in die Lehre von der Usucapion einschlägt, auf meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 83. S. 181—184.

zu berufen. Hier haben wir aber den Fall auch in Beziehung auf den Kläger — den petitor — zu erwägen. Dieser kann nehmlich nicht nur fordern, daß ihm der Beklagte die Sache tradire (früher wohl mancipire), sondern auch noch weiter, daß er ihm wegen solcher Veräußerungen, welche erst nach vollendeter usucapio vorgekommen sind, Sicherheit leiste (worüber ich auf die Ansicht Doujats I. Band S. 427—429, für welche auch unsere Stelle einen Beleg liefert, aufmerksam machen muß). Warum aber dieß? wird man fragen: Ich erwiedere hierauf, weil derjenige, an welchen der Beklagte nach vollendeter Usucapion die Sache veräußert hätte, den petitor

belangen, und ihm auf den Grund des durch die Tradition erworbenen Eigenthums-, beziehungsweise des von dem Beklagten als Eigenthümer bestellten Pfandrechts die Sache entwinden könnte. Ich muß mich hier auf die weiter unten vorkommende Const. 12. C. de R. V. (3, 32.) beziehen. Eine andere Frage wäre freilich: ob dieß nach Justinian's

Const. 4. C. de litig. (8, 37.)

noch der Fall seyn könnte? Diese Frage aber dürfte wohl zu bejahen, und unter die res litigiosas diejenigen Sachen, deren Eigenthum der Beklagte erst nach der Litis-Contestation erworben hat, nicht zu zählen seyn, doch das Nähere muß ich auf den 6ten Titel des 44sten Buchs aufschieben. An diese Stelle schließt sich nun unmittelbar Paulus

Fr. 19. D. h. t.

an: „Ipsi quoque reo cavendum esse Labeo dicit, et his rebus recte praestari: si forte fundi nomine damni infecti cavit.“ — Vorerst kommt hier die Frage zur Sprache: Was soll dann eigentlich der Ausdruck „His rebus recte praestari“ bezeichnen? dieß ersehen wir aus Ulpian's

Fr. 71. §. 1. D. de V. S. (50, 16.)

„Haec verba: *his rebus recte praestari*, hoc significant, ne quid periculum, vel damnum ex ea re stipulator sentiret.“ — Auch dieses Fragment bezieht sich nun nur auf den Fall, wenn der Beklagte die Sache nach der Litis-Contestation erst usucapirt hat. Denn hat er noch nicht usucapirt, ehe er dem petitor die Sache einräumen mußte, so war offenbar diejenige Stipulation, welche er wegen eines damnum infectum zu leisten hatte, gefallen, denn nur als dominus — was er ja nicht war, hatte er für das damnum infectum sich auf eine Haftungs-Verbindlichkeit einzulassen, worüber ich mich Kürze halber auf die Stelle Ulpian's hier berufen muß.

Fr. 11. D. de damn. inf. (39, 2.)

„Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit? utrum repromittere, quia suum jus tuetur: an satisdare, quia dominus non est, debebit? Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoratitio damni infecti caveri debeat? et ait Marcellus, inutiliter ei caveri: idemque etiam de eo cavendum, qui non à domino emit: nam nec in hujus persona com-

mitti stipulationem, aequissimum tamen puto, huic prospiciendum, id est, creditori, per stipulationem.“ — Hatte er nun aber die Usucapion vollendet, so war er ja dominus, die von ihm eingegangene Verbindlichkeit blieb somit auch bey Kräften, und eben deßwegen mußte ihm auch der petitor dießfalls Sicherheit leisten, damit er sich im Nothfall wieder an diesen halten könnte. — Des Gajus

Fr. 20. D. h. t.

welches sich zunächst auf Sklaven bezieht, übergehe ich. Doch muß ich auf die Erklärung desselben von causa aufmerksam machen, causa nehmlich ist „ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, ei restituta res fuisset.“ — Hiemit stimmen auch überein die Erklärungen von Paulus

Fr. 35. D. de V. S. (50, 16.)

„Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, et usucapionis causam et fructuum.“

Fr. 75. D. ej. tit.

„Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset“ — sodann die von Pomponius

Fr. 246. §. 1. D. ej. tit.

„Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet.“ — Paulus

Fr. 21. D. h. t.

muß ich aus dem Grunde anführen, weil auch in diesem wieder der Unterschied zwischen demjenigen Beklagten, welcher nach erfolgter Litis-Contestation erst usucapirte, und jedem Andern sehr stark hervorgehoben ist. „Si à bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus: an talis fuerit, ut et custodiri debuerit? nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor: ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus ejus temporis, quo possedit, praestet. Quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat peti-

tori de persequenda ea re. Quo minus enim petitor eam rem persequi potest: quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? nec iniquum id esse, Pomponius libro XXXIX. ad Edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit: ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Julianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, et si non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat. Idque Pomponius lib. XXXIV. variarum lectionum probat: quod verius est.“ — Unser Fragment handelt nehmlich von einem Sklaven, welcher sich der Restitution durch Flucht entzogen hat. War nun der possessor ein bonae fidei possessor, und der Sklave der Flucht nicht verdächtig, so mußte der possessor, da ihm die Nichtbewachung des unverdächtigen Sklaven nicht zum Vorwurf gemacht werden konnte, von der Klage entbunden werden. Hatte aber der Beklagte den Sklaven nach erfolgter Litis-Contestation usucapirt, so mußte er seine aus der Usucapion entspringende Klage, nehmlich die rei vindicatio, dem petitor abtreten, und dieß aus dem ganz guten Grunde, weil, wenn der Beklagte nachher den Sklaven wieder in seine Gewalt gebracht, gegen ihn als durch die Usucapion gewordenen dominus der petitor die rei vindicatio nicht mehr anstellen konnte. Da aber derjenige, welcher nach erfolgter Litis-Contestation noch nicht usucapirt hatte, während der Flucht des Sklaven erst usucapiren konnte, somit zur Zeit der Entbindung noch keine Klage abzutreten hatte, so mußte er gegen den petitor wenigstens dafür sich verbindlich machen, daß er den Sklaven, wenn er wieder in seine Hände komme, dem petitor zu überliefern habe. War aber der Sklave der Flucht verdächtig, und hatte der Beklagte es an der gehörigen Wachsamkeit fehlen lassen, dann wird er in die litis aestimatio verurtheilt, und der petitor muß ihm, damit er nicht auch den Sklaven noch vindiciren kann, die rei vindicatio cediren. Dieser Cession bedarf es aber nicht, wenn der Beklagte ihn nach der Litis-Contestation usucapirt, denn dann steht sie ja ihm selbst als dominus zu. Wenn nun aber

Ulpian

Fr. 22. D. h. t.

„Quod si dolo possessoris fugerit: damnandum eum, quasi possideret“ — berichtet, daß wenn der possessor den Sklaven selbst zur Flucht verleitet habe, er in die Litis-Aestimation „quasi possideret“, d. h. als fingirter Besitzer zu verurtheilen sey, so folgt hieraus, daß der petitor dem Beklagten die rei vindicatio für den Fall, daß derselbe den Sklaven wieder in seine Hände bringt, nicht cediren darf, und somit auch diesen noch vindiciren kann. Zu Paulus

Fr. 23. pr. D. h. t.

„In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium adquisivit“ — muß ich mich auf die Einleitung zu diesem Titel und zu

§. 1.

„Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt“ — auf den 1. Band S. 309. ff. beziehen.

§. 2.

„Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret: veluti si quis statuae suae brachium, aut pedem alienum adjecerit: aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum, et scyphum, plerique recte dicunt.“ — Hiermit stimmt auch Paulus überein

Fr. 26. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.)

„Proculus indicat, hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectarctur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim ejus sunt, cujus ante fuerant.“ — Daraus folgt aber nicht, daß dem Eigenthümer der mit einer andern vereinigten Sache gar kein Rechtsmittel zustehe, hievon kann aber erst bey'm §. 5. die Rede seyn. Ich gehe nun zu dem

§. 3.

unsers Fragments über: „Sed et id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium

picturae, sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.“ — Hier muß ich nothwendig die betreffenden Parallelstellen anführen. Gajus

Instit. Comment. L. II. §§. 77. u. 78.

§. 77. „Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt. Itaque si ego eos libros easque membranas petam, nec inpensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero. §. 78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur, tabulam picturae cedere, cujus diversitatis vix idonea ratio redditur. Certe secundum hanc regulam, si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri. At si tu possideas consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu, nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bona fide possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subripuisses tabulam, sive alius, competit mihi furti actio.“ — und

Fr. 9. §§. 1. u. 2. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.)

§. 1. „Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae aedificantur, aut seruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem scripsero: hujus corporis, non ego, sed tu dominus esse intelligeris. Sed si à me petas tuos libros, tuasve membranas: nec impensas scripturae solvere velis: potero me defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide eorum possessionem nactus sim. §. 2. Sed non, uti literae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere: sed ex diverso placuit, tabulas picturae cedere. Utique tamen conveniens est, domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio, utique si bona fide possessor fuerit, cui solverit. Adversus dominum vero tabularum ei qui pin-

xerit, rectam vindicationem competere dicimus: ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.“

§§. 33. u. 34. I. de rer. div. (2, 1.)

§. 33. „Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit: hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros tuasve membranas: nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.“ §. 34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim picturam Appellis vel Parrhasi in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si à domino tabulae imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur. Quo casu si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, subripuit tabulam, sive alius: competit domino tabularum furti actio“ — und die Paraphraſe des Theophilus

ad h. l. (Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 241—243.)

§. 33. „Ἐμούς τις λαβὼν χάρτας, ἢ ἐμὰς μεμβράνας, ἐνέγραψέ τι ἐν αὐτοῖς, καὶ βιβλίον κατεσκεύασε· κἀνταῦθα κατὰ μίμησιν τοῦ ἐδάφους εἶπει τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, εἰ καὶ τὰ μάλιστα χρυσᾶ ἐστι τὰ ἐπιτεθέντα γράμματα, κἀγὼ γίνομαι τοῦ βιβλίου δεσπότης· ἀδιάφορον δέ ἐστιν, εἴτε ἐμμε-

§. 33. „Meas aliquis chartas measve membranas capiens, in iis quid inscripsit, et librum inde confecit. Etiam hic ad similitudinem soli imposita cedunt suppositis, quamvis maxime litterae impositae sint aureae, et ego libri dominus fio. Indifferens autem est, sive

τρον ἔπος, εἴτε ἱστορικὸν ἐνέγραψε λόγον· ὅθεν κινῶν ἐγὼ τὴν in rem κατὰ τοῦ τὸ βιβλίον ποιήσαντος, καὶ τὰ δαπανήματα τῆς γραφῆς μὴ καταβαλὼν ἑτοίμως, ἐκβληθήσομαι διὰ τῆς τοῦ δόλου παραγραφῆς, ἐν ᾧ bonae fidei νομεὺς ἦν ὁ ταῦτα γράψας. §. 34. Λαβών τις ἀλλοτρίαν σανίδα ἐζωγράφησε, καὶ εἰκόνα κατεσκεύασε. τίνος ἐστὶν ἡ εἰκὼν, ἐζητήθη. καὶ οἱ μὲν λέγουσι τὸν ζωγράφον γίνεσθαι δεσπότην τῆς σανίδος, καὶ τὴν σανίδα εἶκειν τῇ γραφῇ· ἕτεροι δὲ τὸν τῆς σανίδος δεσπότην καὶ τῆς γραφῆς κύριον γίνεσθαί φασιν, ὁποιαδήποτε εἴη γραφή· ὁ δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς τὴν προτέραν μᾶλλον ἐδέξατο γνώμην, καὶ τὸν ζωγραφήσαντα τῆς εἰκόνος βούλεται γίνεσθαι δεσπότην· καταγέλαστον γὰρ ἐνόμισεν εἶναι, τὴν Ἀπελλοῦ ζωγραφίαν (ζωγράφος δὲ οὗτος, τῶν παρ' Ἕλλησιν ἀριστευσάντων) ἢ Παῤῥασίου (εἰδοκίμησε δὲ οὗτος παρὰ Ρωμαίοις) ὑπείκειν τῇ εὐτελεστάτῃ σανίδι. Ὅθεν εἰ ὁ τῆς σανίδος δεσπότης ἐν κατοχῇ γέγονε τῆς εἰκόνος, ὁ δὲ ζωγραφήσας ἔλθῃ κινῶν κατ' αὐτοῦ τὴν in rem, μὴ καταβαλὼν τὸ τῆς σανίδος τίμημα, διὰ τῆς τοῦ δόλου παραγραφῆς ἐκβληθήσεται. Εἰ δὲ ὁ ζωγραφήσας νέμεται τὴν εἰκόνα, τότε ὁ τῆς σανίδος δεσπότης διρέκταν μὲν ἔχειν in rem οὐ δύναται (ἐξέπεσε γὰρ τῆς δεσπο-

metricum carmen, sive historicum aut rhetoricum sermonem inscripserit: unde ego in rem agens adversus eum qui librum confecit, neque scripturae impensas promte persolvens, repellar per exceptionem doli, dummodo bonae fidei possessor, sit, qui scripsit." §. 34. Capiens quis tabulam alienam pinxit, et imaginem expressit: cujus sit imago? quaesitum est. Et alii quidem dicunt pictorem fieri tabulae dominum, tabulamque cedere picturae: alii autem dominum tabulae dicunt etiam picturae fieri dominum, qualiscumque sit pictura. At noster Imperator priorem potius probavit sententiam, ac pictorem vult imaginis dominum fieri: ridiculum enim esse censuit, picturam Apellis (pictor autem hic fuit unus eorum, qui apud Graecos excelluerunt) aut Parrhasi (hic vero apud Romanos claruit) vilissimae cedere tabulae. Unde si tabulae dominus in possessione sit imaginis, et pictor veniat adversus eum in rem acturus, non persoluto tabulae pretio, per exceptionem doli repelletur. Sin autem pictor imaginem possideat, tunc dominus tabulae directam quidem

τελας τῆς γραφῆς ἐπιτεθείσης) δίδοται δὲ αὐτῷ utilis in rem, ἵνα κινῶν οὕτω λέγῃ, ὡσανεὶ ὑπῆρχον δεσπότης· τῇ δὲ εἰρημένῃ utili in rem χρώμενος, εἰ μὴ παράσχῃ τὰ περὶ τὴν ζωγραφίαν γενόμενα δαπανήματα τὰ τῷ bona fide ζωγραφήσαντι, ἐξωθεῖται διὰ τῆς τοῦ δόλου παραγραφῆς· καὶ ταῦτα μὲν τετρακταΐσται, ὅσον ἐπὶ τῇ δεσποτείᾳ τῆς εἰκόνος· ἐκεῖνο γὰρ τῶν ὡμολογημένων ἐστίν, ὅτι εἴτε ὁ ζωγραφήσας ἔκλεψε τὴν σανίδα, εἴτε ἕτερός τις, δίδοται τῷ δεσπότῃ ἡ furti κατὰ τοῦ κλέπτου."

actionem in rem habere nequit (excidit enim dominio imaginis impositae), sed datur illi utilis in rem, ut agens sit dicat: Quasi dominus eram. Dicta autem actione in rem utilis utens, nisi impensas circa picturam factas bona fide pingenti praebuerit, repellitur per doli exceptionem. Atqui haec tractata sunt, quantum ad imaginis dominium: illud enim inter confessa est, sive pictor tabulam subripuerit, sive alius quis, dari domino adversus furem furti actionem."

Alle dieſe Stellen ſtimmen in Betreff desjenigen „quod in charta mea scribitur" überein, dagegen aber ſind ſie in Beziehung auf dasjenige „quod in charta mea pingitur" verſchiedener Anſicht, die Juſtinianeiſche in den Inſtitutionen enthaltene Entſcheidung aber iſt geltendes Recht geworden. Daß nun hier zwiſchen unſerer und den übrigen Parallelſtellen eine wahre Antinomie vorliege, iſt ſchon den Scholiaſten der Baſilicen

ad h. l. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 220.)

nicht entgangen, und ſie ſuchen dieſe auf folgende Weiſe zu löſen:

„Εἴκει γὰρ τῇ σανίδι ἡ γραφή. Εἰ δὲ ἐν σινδόνι ἐστιν ἡ γραφή, τότε εἴκει τῇ γραφῇ ἡ σανὶς μάλιστα, ὅτε ἐν σινδόνι γραφὴ τιμία ἐστίν· οὕτω νοήσας φεύγεις τὴν ἐκ τῶν Ἰνστιτούτων ἐναντιότητα."

„Pictura enim cedit tabulae. Si vero pictura sit in linteo, tunc tabula picturae cedit, maxime, cum pictura pretiosa est in linteo. Si ita intelligas, effugies contrariam sententiam in Institutionibus."

Allein wenn man die obigen Stellen auch nur oberflächlich anſieht, ſo wird man ſich überzeugen, daß zu dieſem

Vereinigungsversuch nicht der mindeste Grund vorliegt, und Harmenopolus

Πρόχειρον νόμον. — Manuale Legum. L. II. tit. 1. §. 32. (in Tom. Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 108.)

kehrt daher auch wieder zu der von Justinian gebilligten Ansicht zurück. Denn nachdem er in Betreff des „quod in tabula scribitur" die frühere Ansicht in Uebereinstimmung mit unsern Stellen vorgetragen hat, fährt er also fort:

„Τουναντίον δὲ ἐπὶ τῆς εἰκόνος γίνεται, εἴκει γὰρ ἡ ξένη σανὶς τῇ γραφῇ, καὶ γίνεται καὶ τῆς ἀλλοτρίας σανίδος δεσπότης, ὁ τὴν γραφὴν ἐν αὐτῇ κατασκευάσας."

„Contrarium in pictura evenit: cedit enim tabula aliena picturae, ac fit tabulae alienae dominus qui picturam imposuit."

Hier bleibt also in der That nichts übrig als anzunehmen, daß den Redactoren der Digesten etwas Menschliches begegnet sey, denn zu vereinigen sind nun einmal die fraglichen Stellen nicht. Gehen wir zu unseres Fragmentes

§. 4.

über: „In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praevalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare." — Dieser setzt den Fall voraus, daß derjenige, welcher eine fremde Sache mit seiner Sache vereinigt, den Besitz derselben verloren, und der Eigenthümer der vereinigten Sache denselben erlangt hat. In diesem Fall kann der Eigenthümer der vereinigten Sache der rei vindicatio des Eigenthümers der Hauptsache die exceptio doli dahin entgegensetzen, daß er ihm den Werth der mit der Hauptsache vereinigten Nebensache ersetze. In dem

§. 5.

entscheidet nun Ulpian eine andere, nehmlich die Frage: Ob dann dem Eigenthümer, der mit einer andern Hauptsache vereinigten Nebensache gar kein Rechtsmittel mehr zu Gebot stehe? „Item quaecunque aliis injuncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt: ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere

potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminationi junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde adruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: quia ferruminatio per eandam materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quae ex distantibus essent, constat singulas partes retinere suam propiam speciem: ut singuli homines, singulae oves, ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniet. Nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur.“ — Was den ersten Satz unsers §. betrifft, so spricht derselbe als Regel aus: daß der Eigenthümer der vereinigten Sache vorerst ad exhibendum und dann erst nach erfolgter Exhibition mittelst der rei vindicatio klagen könne, und hiemit stimmt auch eine andere Stelle desselben

Fr. 7. §§. 1. u. 2. D. ad exhib. (10, 4.)

und Paulus

Fr. 6. D. ej. tit.

überein: „Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest: sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest.“ — Was es aber mit der actio ad exhibendum für eine Bewandniß habe? darüber muß ich auf die Bemerkung zum 4ten Titel des 10ten Buchs verweisen. Nun stellt Ulpian im zweyten Satze eine Ausnahme von dieser Regel, nehmlich in Betreff der ferruminatio auf; der ferruminatio setzt nun Ulpian die plumbatura entgegen, in Betreff der ersteren bedienen sich die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 23. §. 4. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 201.)

des Ausdrucks „*πράγματα λιπαινόμενα*“, dagegen findet man

L. L. tit. 1. Fr. 26. §. 2. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 35.)

bloß den Ausdruck: „πράγματα σύγκαλλη-θέντα.“ Unter dem Ausdruck: „λιπαίνειν“ kann ich aber nichts Anderes als das Verschmelzen verschiedener Stücke eines und ebendesselben Metalls, im Gegensatz gegen das bloße Anlöthen, verstehen. Bey den accessionibus adplumbatis findet also die actio ad exhibendum, und zwar als Vorbereitungs-Klage zu der rei vindicatio, und nach erfolgter Exhibition auch letztere Statt, dagegen bey den accessionibus adferruminatis bloß die actio in factum. In dem Satze, welcher mit den Worten: „At in his corporibus“ beginnt, ist sodann nur wieder von solchen Sachen die Rede, welche in einer bloßen Nominalverbindung mit einander stehen (I. Band S. 322 u. 323) im Gegensatze gegen solche, welche mit einander wirklich reell verbunden sind, so daß sie zusammen in ihrer Verbindung eine wirkliche und nicht bloß dem Namen nach existirende Sache ausmachen. Denn es ist natürlich, daß derjenige, dessen Schaf ein Anderer unter seine Heerde stößt, dadurch das Eigenthumsrecht seines Schafs noch nicht verliert, und mittelst der rei vindicatio dasselbe immer wieder ansprechen kann. Gehen wir zum

§. 6.

unsers Fragments über: „Tignum alienum aedibus junctum, nec vindicari potest propter legem XII tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno juncto, quae in duplum ex lege XII tabularum descendit.“ — Vor allen Dingen ist nun hier zu wissen nöthig, was dann eigentlich unter dem Worte „tignum“ zu verstehen sey? und hierauf erwiedert Ulpian

Fr. 7. pr. D. ad exhibendum. (10, 4.)

„Tigni appellatione omnem materiam in lege XII tabularum accipimus, ut quibusdam recte videtur“ — und

Fr. 1. §. 1. D. de tigno juncto (47, 3.)

„Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque, et lapidem, et testam, caeteraque, si qua aedificiis sunt utilia: tigna enim à

tegendo dicta sunt: hoc amplius et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perdicae, pedamenta.“ — Kürzer noch drückt sich Gajus in dem

Fr. 62. D. de V. S. (50, 16.)

„Tigni appellatione in lege XII Tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur“ — sodann in dem

Fr. 7. §. 10. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

so wie der

§. 49. I. de rer. divis. (2, 1.)

also aus: „Appellatione tigni omnes materiae (I. omnis materia) significantur (I. significatur), ex quibus (I. qua) aedificia fiunt. Vor allen Dingen will ich nun bemerken, daß wohl die älteste Nachricht, welche wir von der dießfallsigen Bestimmung der Zwölf-Tafeln-Gesetze haben, die des Festus

de V. S. voce „tignum“

ist. „Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII: *tignum junctum aedibus, vineaeque et concapu, ne solvito.*“ — Betrachten wir nun vorerst sämmtliche Stellen, welche hievon handeln. Es sind folgende:

1) Paulus

a) Fr. 6. D. ad exhib. (10, 4.) (der Eingang ist S. 537 abgedruckt.)

„Aliter atque in tigno juncto aedibus: de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex XII tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur.“

b) Fr. 98. §. 8. in fin. D. de solut. (46, 3.)

„Denique Lex XII Tabul. tignum aedibus junctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque ejus dari voluit.“

2) Gajus

Fr. 7. §. 10. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

woraus auch der

§. 29. I. de rer. divis. (2, 1.)

mit einigen Abänderungen entnommen ist. Beyde mögen hier einander gegenüberstehen.

„Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificáverit, ipse dominus intelligitur aedificii: quia omne, quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere, propter legem XII tabularum, qua cavetur: ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. — Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare, et ad exhibendum agere.“

„Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod solo inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, quae vocatur de tigno juncto. — Quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.“

3) Ulpian

Fr. 1. pr. u. §. 2. D. de tigno juncto. (47, 3.)

„Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum, aedibus vel vineis junctum, neque vindicare: quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur: sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. §. 2. Sed et ad exhibendum danda est actio. Nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat“ — und

Fr. 2. D. ej. tit.

„Sed si proponas, tigni furtivi nomine aedibus juncti actum, deliberari poterit: an extrinsecus sit rei vindi-

catio? Et esse non dubito.“ — Alle diese Stellen stimmen nun darin überein, daß der Eigenthümer solcher Baustoffe, welche ein Anderer zu seinem Gebäude verwendet hat, solche, so lange das Gebäude steht, weder vindiciren noch die actio ad exhibendum anstellen könne, und daß ihm dießfalls nur die aus den Zwölf-Tafeln-Gesetzen entspringende actio de tigno juncto zustehe. Ulpian aber bemerkt in unserer Stelle sowohl, als in dem o. a. Fr. 2. D. de tigno juncto, daß gegen denjenigen, welcher wissentlich fremde Baustoffe verwendet, auch die actio ad exhibendum, jedoch nicht zum Behuf der Vindication, sondern lediglich zu dem der Litis-Aestimation zustehe. Hier entsteht aber vorerst die Frage: findet gegen denjenigen, welcher wissentlich fremde Baustoffe zu seinem Gebäude verwendete, nur die actio de tigno juncto oder die ad exhibendum nach der Auswahl des Klägers Statt, oder kann er beyde zusammen anstellen? Unser §. läßt diese Frage unentschieden, aus der zweyten Stelle Ulpian's und deren Worten „Sed et“ aber ist das Letztere zu schließen, und dafür, daß dem Kläger beyde Klagen vereint zustehen, hat sich auch die Post-Justinianeische Jurisprudenz erklärt, denn es bemerkt namentlich der Scholiast der Basilicen zu diesem Fr. 2.

Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 372.

„Οἶμαι οὐχ ὥστε ταύτην κινῆσαι εἰ μὴ βούλεται ὁ ἀπολέσας τὸ ξύλον κινῆσαι τὴν δὲ τίγνῳ ἰούνκτῳ, ἐπιλογὴ γὰρ αὐτῷ δίδοται. ἰστέον δὲ ὡς ὅτε μὲν κλαπὲν τὸ ξύλον ἐμβληθῇ, κινεῖται καὶ ἡ δὲ τίγνῳ ἰούνκτῳ, καὶ δίδοται τῷ δεσπότῃ τὸ διπλοῦν.“

„Puto non hac agi si nolit is, qui lignum amisit, agere de ligno juncto, quasi electio ei detur. Sciendum enim quod si furtivum lignum injiciatur, agitur et de ligno juncto. Et praestatur domino duplum.“

Daß aber, sobald das Gebäude nicht mehr steht, der Eigenthümer der Baustoffe dieselben wieder vindiciren könne, und daß gegen diese Vindication den in gutem Glauben befindlichen Eigenthümer des Gebäudes nicht einmal die Usucapion schütze, worüber ich mich auf den folgenden §. 7. unsers Fragments beziehe, ersehen wir aus der Stelle des Gajus, der zweyten des Paulus, und

erst in dem Institutionen-Paragraphen sind in die Stelle des Gajus die Worte: „si non fuerit duplum jam consequutus“ eingeschoben worden. Zwar mag allerdings schon früher die Frage: Ob die rei vindicatio nicht dadurch ausgeschlossen werde, wenn der mit der actio de tigno juncto Belangte das duplum ersetzt habe? streitig gewesen seyn, und Spuren dieser Controverse finden wir noch in Ulpian's S. 540 abgedruckten Fr. 2. D. de tigno juncto. Eben diese Controverse hat aber der Institutionen-Paragraph durch die in die Stelle des Gajus eingeschaltenen Worte entschieden, und wollen wir, was wir nicht dürfen, zwischen Ulpian's Fr. 2. und dem Institutionen-Paragraphen keine Antinomie annehmen, so müssen wir die erstere auf den mala, den letztern auf den bona fide jungentem beziehen, und so hat auch das oben S. 541 angeführte Scholion der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 372.

die Sache richtig erklärt, wenn es nach dem oben abgedruckten also fortfährt:

„Καὶ εἰ συμβῇ μετὰ ταῦτα καταπεσεῖν τὸ οἴκημα, ἔχει καὶ τὴν ἐν ῥὲμ ὁ δεσπότης, καὶ συνισταμένου τοῦ οἰκήματος τὴν ἀὸ ἐξιβένδομ. καὶ ἰδοὺ πάλιν τριπλοῦν λαμβάνει· ὅτε δὲ μὴ κλαπῇ, μόνη ἡ δὲ τίγνῳ ἰούνκτῳ ἁρμόζει ἐπὶ τῷ διπλῷ καὶ οὐδεμία ἑτέρα.“

„Et si contingat postea aedificium dirui, habet etiam dominus actionem in rem, et manente aedificio ad exhibendum. Atque ita triplum consequitur. At si furtivum non sit, sola actio de ligno juncto competit in duplum, et nulla alia.“

— womit auch die Fassung unsers Fr. 2. in dem Texte der Basilicen

L. LX. tit. 12. Fr. 94. (Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 314.)

„Καὶ μετὰ τὸ κινηθῆναι περὶ τοῦ ἐμβληθέντος κατὰ κλοπὴν, σώζεται ἐν ῥέμ.“

„Et posteaquam actum est de furtim injuncto, manet actio in rem.“

— vollkommen übereinstimmt. Endlich belehrt uns noch Paulus

Fr. 63. D. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1.)

„De eo, quod uxoris in aedificium viri ita conjunctum est, ut detractum alicujus usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis Decemviros non sit credibile de his sensisse,

sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium conjunctae essent. Paulus notat. Sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio, soluta re, competat mulieri, non in duplum, ex lege XII tabularum. Neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est" — daß wenn ein der Ehefrau gehöriges tignum in ein während der Ehe errichtetes Gebäude verwendet worden, ihr nicht die actio de tigno juncto in duplum, weil das jungere nicht ohne oder gegen ihren Willen geschehen, sondern bloß die rei vindicatio, wenn das tignum solutum ist, somit auch in keinem Falle die actio ad exhibendum zustehe. Gehen wir nun zu Ulpian's

Fr. 23. §. 7. D. h. t.

über: „Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit: domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam à bonae fidei emtore possessum sit. Nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat." — Hier muß ich mich auf den oben S. 540 abgedruckten

§. 29. I. de rer. div. (2, 1.)

berufen, und was den Satz von „etiamsi post" bis zum Ende betrifft, auf meine Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 88. S. 175—181.

Zu bemerken habe ich noch, daß hiemit auch Gajus

Fr. 7. §. 11. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

übereinstimmt. „Illud recte quaeritur: an, si id aedificium vendiderit is, qui aedificaverit, et ab emtore longo tempore captum, postea dirutum sit, adhuc dominus materiae vindicationem ejus habeat? causa dubitationis est, an eo ipso, quo universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent: quod non placuit." — Betreffend des Gajus

Fr. 24. D. h. t.

„Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet: an aliquo interdicto possit nancisci possessionem? quia

longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere“ — liegt die Zweckmäßigkeit des Raths, welche er in der vorliegenden, bloß suasorischen Stelle ertheilt, auf platter Hand. Ulpians

Fr. 25. D. h. t.

und Paulus

Fr. 26. D. h. t.

haben bereits bey dem Fr. 7. oben S. 514 ihre Erledigung erhalten, und hieher gehört auch noch Paulus

Fr. 27. pr. D. h. t.

Gehen wir daher auch gleich zu dem

§. 1.

über: „Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore, et quo res judicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit possessionem: absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur, possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur. Ergo et fructuum nomine, ex quo coepit possidere, damnabitur.“ — Auch diese Stelle hat eine versteckte Schwierigkeit. Sie spricht nehmlich einmal eine Regel, und zwar die aus: daß der Beklagte nicht nur zur Zeit der Litis-Contestation, sondern auch zur Zeit des ausgesprochenen Urtheils besitzen müsse. Aus dieser Regel folgt nun ganz richtig, daß wenn der Beklagte die Sache unabsichtlich, und wie ich hier beysetzen möchte, auch ohne grobes Versehen, zur letztern Zeit nicht mehr besaß, er von der Klage entbunden werden muß, wovon jedoch das Fr. 15. §. 3. (S. 415—417) eine Ausnahme enthält, denn in dem dort gedachten Fall hat er ja nur zur Zeit der Litis-Contestation besessen. Aus dieser Regel würde aber eben so richtig folgen, daß wer zur Zeit der Litis-Contestation noch nicht, sondern erst zur Zeit des Rechtsausspruchs — des Erkenntnisses besitzt, entbunden werden sollte. Allein gerade das Gegentheil ist von Proculus und nach ihm von Ulpian angenommen worden. Das „Item“ in unserer Stelle können wir daher nicht mit „Eben so“, sondern wir müssen es vielmehr, wie dieß auch in den Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 27 §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 203.)

geschehen, mit „Εἰ δὲ“ — „Sed si“ oder „Si autem“, „Wenn aber“ übersetzen, und dann stellt es sich als eine Ausnahme von der obigen Regel dar, eine Ausnahme, welche freilich die Regel beinahe aufhebt. Gehen wir nun über zum

Fr. 27. §. 2. D. h. t.

„Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa ejus, ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest petitoris: sed haec, quantum ad in rem actionem. Legis autem Aquiliae actio durat.“ — Wir haben schon oben gesehen, daß wenn die Sache von dem beklagten Besitzer beschädigt wurde, der Kläger entweder mittelst der rei vindicatio oder mittelst der actio ex Lege Aquilia auf den Ersatz des Schadens belangt werden konnte (vgl. die Bemerkungen zum Fr. 13. und 14. S. 521 u. 522). Ist nun aber die Sache zwar durch den possessor beschädigt worden, nachher aber, und zwar ohne sein Versehen, aus irgend einer andern Ursache zu Grunde gegangen, dann kann mittelst der rei vindicatio kein Schadens-Ersatz mehr gefordert werden, denn da, wie wir bey dem §. 1. (S. 544) gesehen haben, der Beklagte wegen zufälligen Untergangs der Sache in der Regel von der rei vindicatio entbunden werden muß, so kann er nicht in einem Nebenpunkt verurtheilt werden. Die Worte „quia nihil interest petitoris“ bezeichnen nehmlich das, daß weil der petitor die Sache ja nicht mehr erhalten könne, es ganz einerley sey, ob sie im vorigen oder in einem schlechtern Zustande zu Grunde gegangen sey, wo aber ausnahmsweise, wie ich beym §. 1. bemerkt habe, die rei vindicatio auch nach dem Untergang der Sache in Beziehung auf die litis aestimatio noch fortwirkt, dann kann auch mittelst solcher Schadens-Ersatz verlangt werden. Die in unserm §. ausgedrückte Regel gilt jedoch nur in dem Bereiche der rei vindicatio, und insoferne mittelst solcher der Schadens-Ersatz gefordert wird; nicht im Bereiche der Lex Aquilia, mittelst welcher immer noch auf Schadens-Ersatz geklagt werden kann. Denn die actio Legis Aquiliae

steht, wenn Einer die Sache nur beschädigt, der Andere aber sie ganz zernichtet hat, gegen Beide nach Ulpian

Fr. 11. §. 3. D. ad legem Aquil. (9, 2.)

und nach Gajus

Fr. 32. §. 1. D. ej. t.

gegen einen und eben denselben Beklagten, welcher zuerst die Sache beschädigt, und nachher zernichtet hat, sowohl wegen der Beschädigung als der Zernichtung zu. — Paulus fährt nun im

§. 3.

also fort: „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione. Idque ex SCto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias, et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.“ — Ich muß mich hier auf die Bemerkungen zum Fr. 20. §. 6. Fr. 25. §§. 3. u. 7. D. de hered. petit. S. 406 u. 407 berufen. Den

§. 4.

kann ich übergehen.

§. 5.

„In rem petitam, si possessor ante litem contestatam sumtus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere suam, non redditis sumtibus. Idem est etiam, si noxali judicio servum defendit, et damnatus praestitit pecuniam: aut in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium. Quod et in area uxori donata per judicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses: non idem observandum, Proculus existimat: quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.“ — Was den ersten Satz unsers §. betrifft, so habe ich bey der Allgemeinheit desselben, und da hier nicht der Ort ist, auf das Einzelne einzugehen, was später vorkommen wird; nichts zu bemerken. In Beziehung auf dasjenige, was er von Noxalklagen enthält,

muß ich auf die Bemerkungen zum 4ten Titel des 9ten Buchs verweisen. Bey dem Fall aber, wenn Jemand auf einen fremden Grund und Boden baut, müssen wir etwas länger verweilen. Hierüber sind nehmlich folgende Stellen zu vergleichen — Gajus

Fr. 7. §. 12. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

aus welchem auch der

§. 30. I. de rer. div. (2. 1.)

mit wenigen Abänderungen entnommen ist. Mögen hier beyde einander gegenüberstehen

„Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cujus et solum est: et si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio ejus materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei objici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum.“

„Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit: quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare, et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae, et mercedes fabrorum: posse eum per exceptionem doli mali repelli: utique si bonae fidei possessor fuerit, qui aedificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.“ — Pomponius

Fr. 28. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

„;Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium ejus id, quod aedificaverit, fieri, Labeo et Sabinus ajunt; sed Proculus, tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset, quod verius est.“ — Scävola

Fr. 60. D. ej. tit.

„Titius horreum frumentarium novum, ex tabulis ligneis, factum, mobile in Seji praedio posuit: quaeritur, uter horrei dominus sit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non esse factum Seji.“ — Ulpian

Fr. 37. D. h. t.

„Julianus libro octavo Digestorum scribit: Si in aliena area aedificassem, cujus bonae fidei quidem emtor fui, verum eo tempore aedificavi, quo jam sciebam alienam: videamus, an nihil mihi exceptio prosit? nisi forte quis dicat, prodesse de damno sollicito. Puto autem: huic exceptionem non prodesse, nec enim debuit, jam alienam certus, aedificium ponere. Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit.“ — Julian

Fr. 59. D. h. t.

„Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit. Quaero: is, qui imposuerat, possetne ea vindicare? Respondit: posse, nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu juncta manerent, eorumdem aedificiorum esse: simul atque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti.“ — Pomponius

Fr. 31. §. 2. D. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1.)

Gajus

Fr. 2. de superficiebus (43, 18.)

„Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.“ — Der Imperatoren Philipp A. und Philipp Cäs.

Const. 2. Cod. Gregor. (3, 3.)

„Aedificium in alieno agro extractum solo cedere, sumtusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emtorem per retentionem posse servare, certissimi juris est.“ — Des Imperators Antonin

Const. 2. C. de rei vindic. (3, 32.)

„Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur. Sed et

id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit: sive bona fide, sive mala aedificium extructum sit: si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint" — und der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 16. C. ej. tit.

„Si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem juris fecit ratio: cujus portionem ab eo, qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare, sumtus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri" — und

Const. 5. C. de aedif. priv. (8, 10.)

„Si is, contra quem preces fundis, sciens prudensque soli partem ad te pertinere, non quasi socius vel collega communis operis sollicitudine, solidam balneorum extructionem ea mente, ut sumtus pro portione tua non reciperet, agressus est: sed ut totius loci dominium usurparet, et collapsum balneum refabricare enisus est, cum aedificia, quae alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensae his, qui improbe id fecerint, restitui debeant, antiquato divi Hadriani edicto, Praeses provinciae, memor juris publici, in dirimenda disceptatione legum placita custodiet." Es treten nun hier mehrere Fragen ein, deren jede einzelne genauer zu betrachten ist. Nehmlich

1) und dieß ist die Frage, welche Paulus in unserem §. zunächst behandelt: kann der possessor eines fremden von ihm überbauten Platzes unter allen Umständen von dem Eigenthümer des Platzes als petitor den Ersatz der Kosten verlangen? — Darüber nun, daß nur dem bonae fidei possessor das Recht zustehe, Kostens-Ersatz auf dem Wege der Retention zu verlangen, stimmen alle diese Stellen überein, auch kann unser §. offenbar nur von einem solchen verstanden werden, was sich aus der area uxori donata, welcher hierin erwähnt wird, ergibt. Wenn aber, und dieß bemerkt unser §. zunächst, der bonae fidei possessor das Gebäude mit Einwilligung des Eigenthümers wegräumt, hat er keinen Kostens-Ersatz anzusprechen. Der malae fidei possessor dagegen hat nach Ulpian das Recht, das Ge-

bäude wegzuräumen, wenn solches nehmlich ohne Nachtheil der area geschehen kann. Von den näheren Modalitäten des Kostens-Ersatzes wird bey dem Fr. 38. D. h. t. die Rede seyn.

2) Die Frage: Kann derjenige, welcher auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude aufgeführt hat, nach erfolgter Wegräumung desselben die Baustoffe ansprechen? — Gajus in der ersten Stelle und der hieraus entnommene Institutionen-Paragraph (S. 547) sprechen sich auf's unzweideutigste dahin aus, daß ein solcher Anspruch nur dem bonae, nicht dem malae fidei aedificanti zustehe, und von Letzterem sagen sie: „et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit.“ Allein vergleicht man damit die Constitution des Imperators Antonin, so wird man finden, daß diese die bona und mala fide aedificantes einander gleichstellt, und daß sie den Letzteren die rei vindicatio nur in dem Falle abspricht, wenn sie als Erbauer die Absicht hatten, das Gebäude dem Eigenthümer des Grund und Bodens zu schenken. Daß diese angeführten Stellen mit einander im Widerspruch stehen, ist wohl augenfällig, und es ist wirklich auffallend, daß die Scholiasten der Basilicen hierin keinen Widerspruch gefunden haben, während dem Scholiasten der Paraphrase des Theophilus

Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 238. not. 1.

solcher nicht entgieng. Man hat aber diese beyden Stellen durch die Annahme zu vereinigen gesucht, daß Gajus und die Institutionen von dem Falle handeln, wenn das Gebäude auf fremden Grund und Boden unmittelbar, die gedachte Constitution aber von dem Falle, wenn das Gebäude unmittelbar auf einem fremden Gebäude, und somit nur mittelbar auf fremden Grund und Boden stehe, allein diesem Vereinigungs-Versuch, für welchen man die oben abgedruckte erste Stelle des Pomponius (S. 547) anführt, vermag ich nicht beyzutreten, denn gerade aus jener Stelle des Pomponius ergibt sich, daß darauf, ob das Gebäude mittelbar oder unmittelbar auf fremdem Grund und Boden stehe, gar nichts ankomme, und daß gerade dieser von der früheren Jurisprudenz angenommene Unterschied durch die neuere beseitigt worden ist. Auch ergibt sich ja aus der gedachten Constitution und deren Fassung wohl am

klarsten, daß sie einen solchen Unterschied gar nicht angenommen hat. Auf diese Weise läßt sich also auch die vorliegende Antinomie nicht lösen. Bedeutend aber für mich ist, daß das Nachjustinianeische Recht die Ansicht des Imperators Antonin der des Gajus und der Institutionen vorgezogen hat, wie wir aus Harmenopulus

Πρόχειρον νόμων. Manuale legum. L. II. tit. 1. Fr. 27. (in Tomo Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 107.)

ersehen:

„Ἐὰν τις ἐπιπτίσῃ τοῖς ἐμοῖς οἰκήμασιν ἀνῴγεα, ἐγὼ τούτων γίνομαι κύριος, διὰ τὸν κάνονα τὸν λέγοντα, εἶναι τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις. Εἰ δὲ ἐν τῷ ἐμῷ ἐδάφει κτίσῃ τὶς, δεσπότης γίνομαι τοῦ οἰκήματος· ἐφ' ὅσον ἐν τῇ αὐτῇ καταστάσει μένει τὸ οἴκημα· ἐὰν δὲ καταλυθῇ, δύναται ὁ οἰκοδομήσας ἐκδικῆσαι τὰς ὕλας, εἴτε καλῇ πίστει εἴτε κακῇ πίστει ᾠκοδόμησεν."

„Si quis aedibus meis coenacula superstruxerit, ego eorum fio dominus, propter regulam dicentem: Imposita cedunt subjectis. Sed si quis in meo solo aedificet, dominus ero aedificii, donec id in eodem statu permanet. Quod si diruatur, poterit aedificator materias vindicare, sive bona sive mala fide aedificaverit."

Auch führt ja Harmenopulus für diese Ansicht einen ganz richtigen Grund, nehmlich den an, daß durch das Ueberbauen eines fremden Grund und Bodens der Eigenthümer des leztern ja nur Eigenthümer des Gebäudes, d. h. der Baustoffe, insolange sie zu Einem Gebäude vereinigt sind, keineswegs aber der einzelnen Baustoffe, wenn sie zu Einem Gebäude vereinigt zu seyn aufgehört haben, werde, womit auch ganz Ulpian's oben S. 543 abgedrucktes

Fr. 23. §. 7. D. h. t.

übereinstimmt. Und auf der ganz gleichen Ansicht beruht, was Julian in dem oben S. 548 abgedruckten Fr. 59. D. h. t. von dem bloßen Bewohner eines fremden Hauses, welcher dasselbe mit Fenstern und Thüren versehen ließ, sagt. Hier findet sich also eine Antinomie, welche nicht leicht zu lösen ist, und am sichersten ist es, da sie auch in den Institutionen nicht gelöst ist, der Ansicht der Antoninischen Constitution als des neueren Rechts zu folgen. — Aus der oben (S. 548) abgedruckten Stelle des Scä-

vola aber ersehen wir, daß alles bisher Erörterte nur auf eigentliche Gebäude, keineswegs aber auf bloße bretterne Hütten, welche auf fremden Grund und Boden gesetzt wurden, anwendbar ist. Am Schlusse unsers §. bemerkt sodann noch Paulus, daß nicht alle auf einen Sklaven verwendeten Kosten ersetzt werden müssen, wozu dann des Gajus

Fr. 28. D. h. t.

„Forte quod pictorem aut librarium docueris: dicitur non aliter officio judicis aestimationem haberi posse“ — und Pomponius

Fr, 29. D. h. t.

„Nisi si venalem eum habeas, et plus ex pretio ejus consecuturus sis propter artificium“ — gehört. Die letztere Ausnahme, nehmlich wenn der Eigenthümer mit Sklaven einen Handel treibt, oder wenigstens den einzelnen Sklaven zu verkaufen beabsichtigt, läßt sich nun auch generalisiren, weil hiedurch offenbar der zu erzielende Erlös steigt. Einer weitern Ausnahme erwähnt Gajus

Fr. 30. D. h. t.

„Aut si ante denunciatum sit actori, ut impensam solveret: et eo dissimulante, posita sit doli mali exceptio“ — wozu die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221.

richtig Folgendes bemerken:

„Τουτέστιν, ἡνίκα προδιεμαρτύρατο ὁ νεμόμενος τὸν ἐνάγοντα δεσπότην, λέγων τυχὸν, ὅτι δαπανήματα μέλλω περὶ τὸν οἰκέτην ποιεῖν, καὶ μισθοὺς ὑπὲρ τούτου διδόναι. καὶ εἴπερ τῇ ἀληθείᾳ κύριος εἶ τοῦ οἰκέτου, δεῖξον, καὶ τοῦτον λάβε, πρὶν ἢ δαπανήσω τι περὶ τὴν τέχνην. ὁ δὲ ὑπερτέθετο, αὐτὸ ἀποπροσποιησάμενος, καὶ οὕτως τὰ περὶ τὴν τέχνην ὁ νεμόμενος ἐπώφλησέ τε καὶ δέδωκε τὰ δαπανήματα· τότε γὰρ λαμβάνει τὰ δαπανήματα.“

„Hoc est, cum possessor ante denuntiavit domino agenti, fortasse dicens, facturus sum impensas in servum, et mercedes pro eo daturus. Tu si revera servi dominus es, id proba, et eum tibi habe, priusquam aliquid impendam circa artificium: ille autem moram fecerit, hoc dissimulans: atque ita possessor sumtus fecerit, ut servus artificio instrueretur: tunc enim impensas consequetur.“

Denn in einem solchen Falle muß der petitor es sich selbst zuschreiben, wenn er die auf die Sache verwendeten Kosten ersetzen muß. Nun bemerkt aber Paulus

Fr. 31. D. h. t.

„Caeterum, cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas ejus spectanda est, quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificium sumtibus possessoris didicit“ — ganz richtig, daß der petitor in solchen Fällen, in welchen er die auf den Sklaven verwendeten Kosten nicht zu ersetzen verbunden ist, auch die Früchte, welche der possessor nur durch den Aufwand solcher Kosten beziehen konnte, nicht ansprechen könne. Modestin's

Fr. 32. D. h. t.

kann ich übergehen. Paulus

Fr. 33. D. h. t.

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt: et ideo, si dolo, aut culpa possessoris, res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem, putantis: eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non periisset, id est, ad rei judicandae tempus. Quod et Juliano placet. Hac ratione, si nudae proprietatis dominus petierit, et inter moras ususfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem ususfructus reversus est, ratio fructuum habetur.“ — Was es mit den Früchten, „qui honeste percipi potuerunt“ für eine Bewandtniß habe? findet man bereits oben (S. 431 u. 432) entwickelt. Ganz folgerecht ist es auch, daß wenn die Sache aus Argliſt oder Versehen des Besitzers untergegangen ist, die Früchte gerade so, wie wenn die Sache noch vorhanden wäre, berechnet werden. Aber eben so richtig ist, daß wenn dem Eigenthümer die Nutznießung der Sache nicht zustand, er die Früchte nur von derjenigen Zeit an, in welcher die Nutznießung mit dem Eigenthumsrecht vereinigt wurde, ansprechen kann. Von dem Ersatze der fructuum percipiendorum und was eigentlich hierunter zu verstehen sey? wird noch weiter unten bey Papinian's

Fr. 62. §. 1. D. h. t.

die Rede seyn. Julian

Fr. 34. D. h. t.

„Idem est, et si per alluvionem pars fundo accesserit.“ — Was unter „alluvio“ zu verstehen sey? sagt Gajus in seinen Commentarien

L. II. §. 70.

„Sed et id, quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit. Per alluvionem autem videtur adjici, quod ita paulatim flumen agro nostro adjicit, ut aestimare non possimus, quantum quoque momento temporis adjiciatur. Hoc est, quod vulgo dicitur, per alluvionem id adjici videri, quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat“ — und in dem aus seinem rebus aureis entnommenen

Fr. 7. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

woraus auch der

§. 20. I. de rer. div. (2, 1.)

entnommen ist: „Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paullatim adjicitur, ut intelligere non possimus (I. *possis*), quantum quoquo momento temporis adjiciatur.“ — Da nun das incrementum alluvionis latens Eigenthum des Besitzers desjenigen Guts, an welches es sich angelegt hat, wird, so folgt hieraus ganz richtig, daß es auch mit dem Gut selbst dem petitor zurückgegeben werden muß. Von Paulus

Fr. 35. D. h. t.

„Et ex diverso, si petitor lite contestata usumfructum legaverit, ex eo tempore, ex quo discessit à proprietate, fructuum rationem non habendam: quidam recte putant. §. 1. Ubi autem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare, eodem enim errore et de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit, alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui: et quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset? §. 2. Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, cujus aestimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem. §. 3. Eorum quoque, quae sine

interitu dividi non possunt, partem petere posse constat“ — gehört das proëmium zu dem Schlußsatze von dessen Fr. 33., dessen Gegensatz es bildet, denn gleichwie der Eigenthümer, welcher nicht auch zugleich Nutznießer ist, die Früchte nur von dem Augenblick an, wo die Nutznießung mit dem Eigenthumsrecht vereinigt wurde, ansprechen kann, so kann er auch, wenn er während des Rechtsstreits die Nutznießung verliert, die Früchte nur, insolange sie ihm zustand, fordern. Was sodann den §. 1. betrifft, so kann ich in demselben keinen andern Sinn als den finden, daß der Richter auch von Amts wegen, und wenn der petitor hierum nicht besonders gebeten hat, auf den Ersatz der Früchte erkennen könne. Die Worte „eodem enim errore et de fructibus condemnaturum“ sind in den Basilicen ganz übergangen. Da aber gegen die Aechtheit derselben mit der einzigen Ausnahme, daß der Cod. Hal. statt „condemnaturum“ nur „condemnatur“ enthält, sich nichts einwenden läßt, so glaube ich, daß Paulus damit gar nichts anders als das sagen wollte, daß wenn das Erkenntniß in Beziehung auf die Früchte, unrichtig wäre, dieß auch in Beziehung auf die Hauptsache der Fall seyn müßte, eine Folgerung, welche ich übrigens nicht als richtig anerkennen kann, denn das Erkenntniß könnte in Beziehung auf die Hauptsache richtig, in Beziehung auf den Früchtepunkt aber doch in verschiedenen Beziehungen unrichtig seyn. Im Uebrigen will ich mich weder hiebey, noch bey der Frage: ob es statt „Mauricianus“ nicht, wie in einigen Codd. steht, „Martianus“ heißen sollte? länger aufhalten. Der §. 2. bedarf keiner weiteren Erläuterung, und wohl auch keiner Bemerkung, daß unter dem Worte „aestimatio“ hier die litis aestimatio zu verstehen ist. Eben so klar aber ist endlich auch der §. 3. und ich habe hier nur zu bemerken, daß in einem solchen Falle die condemnatio possessoris zu der actio communi dividundo führt. — Gajus

Fr. 36. D. h. t.

„Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere. §. 1. Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur. Culpae

autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit: et qui servum à se petitum, in arena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum à se petitum non custodit, si is fugit: et qui navem à se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio peremta est." — Zu dem proëmium habe ich zu bemerken, daß ich die Streitfrage: ob der petitor den fraglichen Zweck durch eine interrogatio in jure erreichen könne? bey dem ersten Titel des 11ten Buchs erörtern werde. Der §. 1. aber bedarf keiner Erläuterung. Ulpian's

Fr. 37. D. h. t.

habe ich bereits oben bey dem Fr. 27. §. 5. (S. 544) erläutert. — Celsus

Fr. 38. D. h. t.

„In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et, si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem: qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat. Sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero: ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium (puta), quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus: eo deducto, tu condemnandus es." — Der Fassung wegen erscheint es nicht überflüssig, auch die betreffende Stelle der Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 38. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 206.)

hier anzuführen:

„Ἐὰν ἀγοράσας καλῇ πίστει ἀλλότριον ἀγρὸν, γεωργήτω, ἢ κτίσω ἐν αὐτῷ, εἰ μὲν ἤμελλεν ὁ δεσπότης τὰ αὐτὰ ποιεῖν,

„Si alienum fundum, quem bona fide emi, excoluero, vel in eo aedificavero: si quidem dominus eadem

δίδωσιν ὅσον γέγονε τιμιώτερος. εἰ δὲ πλέον τῆς δαπάνης ὠφέλησα, μόνα τὰ δαπανηθέντα. εἰ δὲ πένης ἐστὶν, ἐφεῖταί μοι περιελεῖν ἐκ τῶν γενομένων ὅσα δύναμαι· ὥστε μέντοι μὴ γίνεσθαι χείρονα τὸν ἀγρὸν, οὗ ἦν ἐξ ἀρχῆς, εἰ μὴ ἕτοιμός ἐστιν ὁ δεσπότης δοῦναί μοι, ὅσον μέλλω σχεῖν ἐκ τῶν περιαιρουμένων. οὐ γὰρ ἀκούομαι κακοθελῶς ἀποξέσαι τὰς γραφὰς θέλων διὰ τὸ πρὸς αὐτὸ μῖσος. εἰ μέντοι μέλλει πιπράσκειν τὸν ἀγρὸν, αἱ δαπάναι πρὸς τὸ ἀνωτέρω λεχθὲν λογίζονται."

facturus fuisset, reddit quatenus pretiosior factus est. Si vero utilitas superet impensam, solum quod impensum est, reddit. Quod si pauper sit, permittitur mihi tollere ex his, quae facta sunt, quaecunque possim: sic tamen, ut fundus deterior non fiat, quam ab initio fuerit: nisi si paratus est dominus tantum mihi dare, quantum habiturus sim ex rebus ablatis: nec enim audiri debeo, si odio domini maligne velim picturas corradere. Si tamen fundum

---

venditurus sit, impensae secundum id, quod supra dictum est, reputantur." — Hier geht nehmlich Celsus genauer in die Lehre vom Kostenersatze in Beziehung auf den bonae fidei possessor, welcher auf einen fremden Grund und Boden gebaut hat, ein, und bemerkt, daß wenn der petitor dieselben Kosten auf die Sache verwendet haben würde, er ohne allen Zweifel solche zu ersetzen habe, dagegen aber habe er nur den Betrag der Kosten, und nicht dasjenige, um was die Sache durch den Kostenaufwand im Werthe gestiegen sey, zu ersetzen, was die Scholien der Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 38. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221.)

durch folgendes Beispiel erläutern:

„Τυχὸν ρ'. νομισμάτων ἦν ἄξιος ὁ ἀγρὸς, ἐγὼ δὲ ἐν αὐτῷ ἐδαπάνησα νομισμάτων γ'. γέγονε δὲ ἄξιος ὁ ἀγρὸς νομισμάτων σν', μόνα τὰ ρ' λαμβάνω, ἅπερ ἐπεδάνησα."

„Fundus forte dignus erat centum aureis: ego autem in eo impensam C. aureorum feci, et fundus CCL. valere coepit, sola C. recipio, quae impendi."

Kann aber der petitor den Kostenaufwand nicht bestreiten, und blieb ihm, wenn er ihn bestreiten wollte, nichts als der Bettelstab übrig, so kann der possessor bonae fidei dasjenige, was er unbeschadet der Sache selbst wegnehmen

kann, wegnehmen. Doch darf er sich dieses Rechts nicht auf eine rein chicaneuse Weise bedienen; er darf also z. B. nicht die an dem Platfond oder an einem der Wände befindliche Fresco-Gemälde abkratzen lassen, dagegen aber würde er wohl, wenn z. B. die Wände zu der Zeit, wo er das Haus erkaufte, ungetäfelt oder geipst gewesen wären, er aber dieselben mit kostbaren Tapeten bekleidet hätte, diese Tapeten wegnehmen dürfen, nur müßte er das frühere Getäfel oder die früheren Gipswände wieder herstellen lassen. Auch muß der possessor sich begnügen, wenn der petitor ihm den Werth dessen, was er wegzunehmen berechtigt wäre, zu ersetzen bereit ist, und dieß ist noch mehr bey dem malae fidei possessor, welcher ja nur das Gebäude, wenn solches ohne Nachtheil der area geschehen kann, wegräumen darf (vgl. oben S. 549 u. 550) unzweifelhaft der Fall. Wird aber das Haus von dem petitor jedenfalls wieder veräußert, so kann der possessor vollen Ersatz der Kosten fordern. — Ulpian

Fr. 39. D. h. t.

„Redemtores, qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant. §. 1. Julianus recte scribit libro duodecimo Digestorum: mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamvis à creditore distractum, posse in rem actione petere.“ — Was hier unter den redemtoribus zu verstehen sey? erklären uns Festus

de V. S. voce „Redemptores“

„Redemptores propria atque antiqua consuetudine dicebantur, qui, cum quid publice faciendum aut praebendum, conduxerant effecerantque: tum demum pecunias accipiebant, nam antiquitus emere pro accipere ponebatur. At ii nunc dicuntur redemptores, qui quid conduxerant praebendum utendumque“ — sodann die Scholien der Basilicen

ad h. l. Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221.

„Ἐργολάβος ἐστὶν οἰκοδομήματος, ὁ παρὰ τοῦ βουλομένου κτίσαι οἶκον λαμβάνων χρυσίον, καὶ ἐξ ἰδίων ὑλῶν τὴν οἰκοδο-

„Redemtor aedificii est, qui ab eo, qui domum aedificare vult, pecuniam accepit et suis tignis eam aedi-

μίαν

μίαν ποιούμενος, ἤτοι κατὰ σύνοψιν ἐργαζόμενος."

ficandum suscipit, sive qui taxato pretio opus faciendum conducit."

In einem ſolchen Falle findet alſo weder die actio de tigno juncto und noch viel weniger die actio ad exhibendum Statt (vgl. oben S. 541). Ich muß aber hier wiederholen, was ich bereits oben (S. 542) bemerkt habe, daß die cementa nur ſo lange Eigenthum des Eigenthümers des Platzes ſind, ſo lange das Gebäude ſteht, und daß alſo, wenn das Gebäude aufgehört hat, Gebäude zu ſeyn, die cementa von dem Eigenthümer vindicirt werden können. Der §. 1. aber, ſo wie des Gajus

Fr. 40. D. h. t.

„Quia nullum pignus creditor vendidisse videtur" — ſtreifen in das Gebiet des SCti Vellejani ein, wovon bey dem erſten Titel des 16ten Buchs die Rede ſeyn wird. Als Parallelſtelle nenne ich hier aber des Pomponius

Fr. 32. §. 1. D. ad SC. Vellej. (16, 1.)

Ulpian

Fr. 41. D. h. t.

„Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione: post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea, non poterit. §. 1. Si servus mihi, vel filiusfamiliâs fundum vendidit, et tradidit, habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. Sed et si, domini voluntate, domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit, vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit" — das proëmium dieſes Fragments ſtreift in die Lehre der addictio in diem, und ich muß mich dießfalls auf die Bemerkungen zum 2ten Titel des 18ten Buchs beziehen. Der §. 1. aber bedarf keiner weitern Erläuterung. Paulus

Fr. 42. D. h. t.

„Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur: tamen, si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem ve-

niet.“ — Merkwürdig ist die Fassung dieser Stelle in den Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 41. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 207.)

„Μετὰ προκάταρξιν ἐκ τῶν ἁμαρτημάτων τοῦ νομέως, καταδικάζεται ὁ κληρονόμος αὐτοῦ.“

„Post litem contestatam ex delictis possessoris heres ejus condemnatur.“

Daß diese Stelle mit einer andern des Paulus, welche aus derselben Quelle, dem L. XXVI. ad Edictum entnommen ist, nehmlich dem

Fr. 12. §. 5. D. ad exhib. (10, 4.)

„Item heres possessoris suo nomine tenetur. Plane, ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit: veluti quod pretium rei consecutus sit“ — im Zusammenhang stehe, ist wohl nicht zu bezweifeln; unsere Stelle ist also eine sogenannte lex fugitiva, und handelt von der Frage: in wie weit und in welchen Fällen der Erbe auch für dolose Handlungen des Erblassers hafte? wovon an dem geeigneten Orte die Rede seyn wird. Kürze halber will ich mich aber hier auf den

§. 1. I. de perpet. et temp. action. (4, 12.)

berufen. Paulus

Fr. 43. D. h. t.

„Quae religiosis adhaerent, religiosa sunt: et idcirco nec lapides inaedificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt: in factum autem actione petitori extra ordinem subvenitur, ut is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. Sed si alieni, sine voluntate domini, inaedificati fuerint, et nondum functo monumento, in hoc detracti erunt, ut alibi reponerentur, poterunt à domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt, ut reponerentur, similiter dominum eos repetere posse constat.“ — Concifer ist die Fassung der Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 42. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 207.)

„Τὰ τοῖς μνημείοις ἡνωμένα, μνημεῖά ἐστιν. ὅθεν τοῖς οἰκοδομηθέντας λίθους, μετὰ τὸ καταλυθῆναι, οὐ δύναται διὰ τῆς ἐπὶ τῷ πράγματα ἀγωγῆς ἐκδικεῖν· ἀλλὰ διὰ τῆς ἰμ Φάκ-

„Quae sepulchris adhaerent, pars sepulchri sunt: unde lapides inaedificati, postquam detracti sunt, vindicari non possunt. Sed qui hoc fecit, in factum actione

τουμ ὁ ποιήσας ἀναγκάζεται αὐτοὺς ἀποκαταστῆσαι. εἰ δὲ παρὰ γνώμην αὐτοῦ ᾠκοδομήθησαν, καὶ μήπω τινὸς ταφέντος ἐξελκυσθῶσιν ἐπὶ τῷ, ἢ ἐν αὐτῷ τῷ ἔργῳ, ἢ ἄλλῳ βληθῆναι, ἐνδικεῖ αὐτοὺς ὁ δεσπότης."

restituere compellitur. Sed si sine domini voluntate inaedificati fuerint, et nondum mortuo in eum illato, detracti sunt in hoc, ut vel ibidem reponerentur, vel ut alibi inaedificarentur, dominus eos repetere potest."

Was ein locus religiosus sey, darüber bitte ich den I. Band S. 313—318 zu vergleichen. Der Sinn unserer Stelle ist offenbar der: Steine, welche zu einem Begräbniß-Platze verwendet werden sollen, können, ehe der Todte in sein Begräbniß gebracht ist, immer noch mittelst der rei vindicatio zurückgefordert werden. Ist aber der Leichnam einmal in die Begräbnißstätte gebracht, so kann weder die rei vindicatio, noch die actio ad exhibendum, sondern bloß eine actio in factum auf Ersatz des Werths angestellt werden. Gegen den mala fide jungentem, findet aber wohl auch die actio ad exhibendum in Beziehung auf die litis aestimatio Statt (vgl. Fr. 26. §. 5. S. 536 u. 537). Sobald aber die Steine von dem Grabmahl in der Absicht, solche anderswohin zu verwenden, getrennt worden, kann der Eigenthümer solche vindiciren. Gajus

Fr. 44. D. h. t.

„Fructus pendentes pars fundi videntur" — bedarf wohl keiner weitern Erläuterung. Ulpian

Fr. 45. D. h. t.

„Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem à bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere: caeteros, etiam de culpa sua inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam." — Der Grund, warum der bonae fidei possessor eines Sklaven bey der Restitution sich gleich dem malae fidei possessor in dem Falle, wenn die Restitution erst nach der Litis-Contestation erfolgt, auch für die culpa verbindlich machen muß, ist einfach der, weil der bonae fidei possessor durch die Litis-Contestation in einen malae fidei verwandelt wird. Paulus

Fr. 46. D. h. t.

„Ejus rei, quae per in rem actionem petita, tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.“

Fr. 47. D. h. t.

„Haec, si res praesens sit: si absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit ex voluntate actoris. Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari à judice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri.“ — Auch hier halte ich es nicht für überflüssig, die betreffenden Stellen der Basilicen anzuführen:

L. XV. tit. 1. Fr. 45 u. 46. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 207 u. 208.)

μς. „Ἐὰν διὰ τοῦ ἐνδίκου ὅρκου λάβῃ τὸ τίμημα ὁ ἐνάγων, ἡ δεσποτεία τοῦ πράγματος παραχρῆμα πρὸς τὸν νομέα κατέρχεται. μστ'. Ἐὰν πάρεστι τὸ πρᾶγμα· εἰ δὲ ἄπεστιν, ὅταν αὐτοῦ δράξηται γνώμῃ τοῦ δεσπότου. οὐκ ἄλλως οὖν δίδωσι τὸ τίμημα, εἰ μὴ λάβῃ παρὰ τοῦ ἐνάγοντος ἀσφάλειαν, ὡς οὐκ ἐμποδίζει αὐτῷ παραδοθῆναι τὸ πρᾶγμα.“

Fr. 45. „Si actor per in litem jusjurandum aestimationem consecutus sit, dominium statim ad possessorem transfertur. Fr. 46. Si res praesens sit. Si vero absit, tunc cum possessionem ejus nactus sit ex voluntate domini. Non aliter igitur aestimationem praestat, quam si ei caveat actor, quod per se non fiat, quominus res ei tradatur.“

Um diese Stelle erläutern zu können, muß ich auf etwas Früheres zurückkommen. Ich habe nehmlich schon im I. Band S. 455 aus Gelegenheit der actionum arbitrariarum bemerkt, daß der possessor dem petitor wo immer möglich die Sache selbst restituiren müsse, und daß die litis aestimatio nur dann Statt finde, wenn der possessor die Sache nicht mehr restituiren könne. Nun kann es aber wohl nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß wenn beyde Parthien darüber einverstanden waren, daß nicht die Sache selbst, sondern nur die durch den Würderungseid des petitor zu bestimmende litis aestimatio ersetzt werden solle, es hiebey sein Bewenden hatte. Nur mußte, so lange es noch res mancipi gab, und die fragliche Sache

eine res mancipi war, dieselbe dem possessor von dem petitor mancipirt werden, denn ohne diese Mancipation hätte ja der possessor das frühere Eigenthumsrecht gar nicht erwerben können. War sie aber keine res mancipi, oder genügte dem possessor an dem in bonis esse, so sah man, wenn die Sache wirklich in judicio vorhanden war, sie als brevi manu tradirt an. War sie aber nicht in judicio vorhanden, so konnte man erst dann von einem Eigenthumsrecht des possessoris sprechen, wenn er nunmehr mit Einwilligung des petitoris hievon Besitz genommen hatte, was wieder eine traditio ficta, hier aber longa manu, voraussetzte. Eben deßwegen mußte auch der petitor sich gegen den possessor dafür verbindlich machen, daß er der Ergreifung des Besitzes von Seiten des possessoris auf keine Weise in den Weg treten wollte. Durch dieses Versprechen des petitoris war nun auch die Leistung der Litis-Aestimation bedingt, und wir ersehen hieraus allerdings auch, daß durch die bloße Leistung der Litis-Aestimation das neuere später einzige Eigenthumsrecht noch nicht unbedingt auf den possessor übergieng, wenn ich gleich selbst aus Gründen, welche mich hier aber zu weit abführen würden, davon überzeugt bin, daß auch durch Tradition das Eigenthum erst nach geleisteter Litis-Aestimation übergehen konnte, was ich hier nur beiläufig in Beziehung auf die Bemerkung Ribbentropps

ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. D. de except. S. 7. not. 6.

und Mayer's

Ueber Litis-Contestation ꝛc. Stuttg. 1830. 1ste Abthl. §. 5. S. 21.

welche das Eigenthumsrecht schon durch die bloße Leistung der Litis-Aestimation übergehen lassen, bemerke. Wohl zu bemerken aber ist hier, daß der petitor ein solches Versprechen nur dann zu leisten hatte, wenn die litis aestimatio entweder auf den Grund einer gütlichen Uebereinkunft geleistet wurde, oder der possessor die Sache nur deßwegen nicht restituiren konnte, weil er culpa, nicht dolo sie zu besitzen aufgehört hat, nach Papinian

Fr. 63. D. h. t.

„Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit. quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit à judice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat, cum

tamen Praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.“ — Was aber namentlich die Worte „nec facile audiendus erit etc.“ betrifft, so enthält des Pomponius

Fr. 9. §. 1. D. de furtis (47, 2.)

„Sed si eam à fure vindicassem, condictio mihi manebit, sed potest dici, officio judicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret. Quod si ex condictione ante damnatus reus, litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restitueretur ei homo: quanti in litem jurasset, damnaretur ei possessor“ — einen Fall, in welchem der petitor die bereits erhaltene litis aestimatio zurückgeben konnte, den nehmlich, wenn er erst die condictio furtiva angestellt und so die litis aestimatio erhalten, nachher aber die rei vindicatio oder actio Publiciana angestellt hatte, denn zu der letzteren konnte er sich nur durch das Erbieten der Rückgabe der litis aestimatio den Weg bahnen. Denn hat er dolo zu besitzen aufgehört, so kann er vor Reichung der litis aestimatio den petitor zu dem fraglichen — eine traditio longa manu enthaltenden — Versprechen nicht anhalten, nach Paulus

Fr. 69. D. h. t.

„Is, qui dolo fecit, quo minus possideret: hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas ejus rei nomine habeat, si ei praestaturum.“ — Den Grund dieses Unterschieds zwischen culpa und dolus im vorliegenden Falle aber führt Pomponius

Fr. 70. D. h. t.

dahin an: „ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare.“ — Wie reimen wir aber hiemit die Stelle des Marcellus

Fr. 12. D. de re judicata (42, 1.)

„In depositi vel commodati judicio, quanquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei

dominus actionibus suis cedat.“ — Schon die Verfasser der Basilicen

L. IX. tit. 3. Fr. 12. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 502. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 454.)

„Ὁ ἐπὶ παραδίκῃ ἢ χρήσει καταδικασθεὶς ἐκχωρείσθω ἀπὸ τοῦ δεσπότου τὴν ἀγωγήν.“

„Ex causa depositi vel commodati condemnato dominus actionibus suis cedat.“

— fanden diese Stelle bedenklich, und ließen die Hauptworte von „quanquam — absit“ aus, allein mit dieser Auslassung ist die Sache nicht abgethan. Auch läßt sich die Stelle des Marcellus mit den obigen gar leicht zusammenreimen. Sie setzt nehmlich offenbar den Fall voraus, daß der Eigenthümer der Sache dieselbe ausgeliehen oder hinterlegt hatte. Nun konnte aber der Eigenthümer nach dem Fr. 9. D. h. t. (oben S. 516 ff.) die rei vindicatio anstellen, und damit nun der Commodatar oder Depositar nicht auch noch einmal mit der betreffenden Contrakts-Klage belangt, in den Fall käme, die litis aestimatio zu bezahlen, mußte der Commodant oder Deponent dem Commodatar oder Depositar seinen Eigenthumsanspruch abtreten. Hatte aber umgekehrt der Commodant oder Deponent die betreffende Contraktsklage angestellt, und nur die litis aestimatio, und zwar dolo, seines Gegners erhalten können, so mußte er ihm aus gleichem Grunde die ihm zustehende rei vindicatio oder actionem Publicianam abtreten, und so steht nun auch die Stelle des Marcellus mit den obigen durchaus nicht im Widerspruch, und hieraus ist auch Ulpian's

Fr. 5. §. 1. D. Commod. (13, 6)

„Si quis hac (sc. commodati) actione egerit, et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit“ — zu erklären. Zu Papinian's

Fr. 48. D. h. t.

„Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, à bonae fidei possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque à domino peti possunt: verum exceptione doli opposita, per officium judicis aequitatis ratione servantur: scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione, superfluum sumtum, meliore

praedio facto, dominus restituere cogitur“ — habe ich zu bemerken: daß hiemit auch Papinian's

Fr. 65. pr. D. h. t.

zu vergleichen ist. Der Hauptsatz, welchen Papinian hier ausdrücken wollte, ist nehmlich der, daß der possessor den Kostenersatz nicht mittelst einer eigenen actio, sondern bloß mittelst der exceptio doli fordern könne. Uebrigens wird man es wohl auch ganz der Sache angemessen finden, daß der Kostenbetrag an dem Früchteersatz, wo dieß möglich war, abgerechnet werde, und erst dann, wenn eine solche Abrechnung oder Abzug nicht Statt finden konnte, der Ersatz vom petitor geleistet werden müsse. Die ganz allgemeinen Sätze des Celsus

Fr. 49. D. h. t.

„Solum partem esse aedium existimo: nec alioquin subjacere, uti mare navibus. §. 1. Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo“ — aber übergehe ich. Callistratus

Fr. 50. D. h. t.

„Si ager ex emtionis causa ad aliquem pertineat: non recte hac actione agi poterit: antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit. §. 1. Sed heres de eo quod hereditati obvenerit, recte aget, etiam si possessionem ejus adhuc non habuerit.“ — Zu dem proëmium ist auch die Stelle des Pomponius

Fr. 40. D. de act. emt. (19, 1.)

„Quintus Mutius scribit, dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat, et pro his rebus pecuniam accepit, et tradere nolebat, emtor quaerebat: quid se facere oporteret? et verebatur, ne hae arbores ejus non viderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus à fundo, et ideo, ut dominus, suas specialiter arbores vindicare emtor non poterit. Sed ex emto habet actionem“ — und der Imperator Diocletian und Maximian

Const. 27. de re vind. (3, 32.)

„Servum emtor non traditum sibi praesentem vindicare non potest“ — zu vergleichen. Den Grund hievon haben die Scholien der Basilicen ganz richtig aufgefaßt, wenn sie zu der letzteren Constitution

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 222.

Folgendes bemerken:

„Ὁμοίως πανταχοῦ (τ. ε. οὐ μόνον ἐν δούλοις) ὅτι οὐκ ἀπὸ τοῦ συμφώνου τῆς πράσεως, ἀλλ' ἀπὸ τῆς παραδόσεως γίνεται δεσπότης ὁ ἀγοραστής."

„Idem juris est in omnibus (sc. rebus non solum in servis), quia non conventio, sed traditio dominum emtorem facit."

Es ist nehmlich eine bekannte und auch im I. Bande S. 236 schon berührte Sache, daß durch eine Uebereinkunft oder einen Vertrag an sich noch kein Eigenthumsrecht erworben werden kann, und daß dieser nur die Möglichkeit des Eigenthums-Erwerbes (titulus adquirendi) an die Hand gibt, daß aber das Eigenthumsrecht selbst erst durch die Uebergabe erworben wird. Letztere bloß ist der modus adquirendi, worüber auch die Einleitung zu diesem Titel zu vergleichen ist. Hieraus erklärt sich nun auch der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 15. C. de rei vind. (3, 32.)

„Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse apud Praesidem provinciae probaveris: obtentu non datorum instrumentorum expelli te à possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere: ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtum ratio habeatur: cum, et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat" — mit welcher noch folgende Parallelstellen zu vergleichen sind: Paulus

Sent. L. V. tit. 11. §. 4.

„Cum unius rei in duos donatio confertur, potior est ille, cui res tradita est. Nec interest, posterior quis an prior acceperit etc." — Ulpian

Fr. 72. D. h. t.

„Si à Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem alii vendiderit et tradiderit: aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem

à te peteret, exceptione eum submoveres. Sed et si ipse possideret, et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione utereris.“ Ulpian

Fr. 9. §. 4. D. de Public. act. (6, 2.)

„Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus: quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus libro VII. Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quod si à diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est.“ — Neratius

Fr. 31. §. 2. D. de act. emti. (19, 1.)

„Sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit: hoc est, cui primum tradita est: si alter ex nobis à domino emisset, is omnimodo tuendus est.“ — Der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 4. C. Gregor. de R. V. (3, 3.)

„Quoties eadem res à domino diversis temporibus pluribus venumdatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est.“ — Auch mag hier noch dasjenige eine Stelle finden, was Harmenopulus in seinem

Πρόχειρον Νόμον. Manuale Legum. L. III. tit. 3. §. 85. (in Tom. Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 177.)

hierüber sagt:

„Ἐὰν δύο τινὲς τὸ αὐτὸ πρᾶγμα κεχωρισμένως ἀγοράσωσιν ἐξ ὁλοκλήρου, ὁ πρῶτος αὐτὸ λαχὼν ἐστι βελτίων, εἰ καὶ τὸ τίμημα οὐ κατέβαλε, κἂν τὰ μάλιττα μὴ ἔλαβε τὰ δικαιώματα τῶν πραγμάτων· ὁμοίως καὶ ἐπὶ δωρεᾶς.“

„Si duo quidem eandem rem separatim in totum emerint, primo accipiens potior erit, etsi pretium nondum solvit, licet quam maxime instrumenta rei haud acceperit. Similiter in donatione.“

Uebrigens wird hievon noch weiter bey der Lehre von dem Kaufvertrag die Rede seyn, einleuchtend ist aber, daß derjenige, welcher noch nicht Eigenthumsrecht erworben hat, auch keine bloß dem Eigenthümer zustehende Klage anstellen kann. Was sodann den §. 1. des Celsus betrifft, so ist unzweifelhaft, daß er hier zwischen der rei vindicatio und

der hereditatis petitio einen Unterschied und Gegensatz aufstellen wollte. Worin liegt nun aber der Grund dieses Unterschieds? Offenbar nirgends anders als darin, weil die hereditatis petitio eine actio mixta (S. 443 u. 444) ist. Pomponius

Fr. 51. D. h. t.

„Si in rem actum sit, et in heredem possessoris judicium datum sit: culpa quoque, et dolus malus heredis in hoc judicium venit“ — enthält offenbar den Nachtrag zu dem Fr. 42. D. h. t. (oben S. 559 u. 560). Hier ist nehmlich vom dolus des heres, nicht von dem des defuncti die Rede, und daß der heres für seinen eigenen dolus einzustehen habe, wird man wohl nicht auffallend finden: dagegen handelt Julian

Fr. 52. D. h. t.

„Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit: heredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt: sed in factum actio adversus eos reddi debebit: per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt“ — wieder von dem dolus defuncti, und zwar in der besondern Richtung, wenn der Erblasser sich des Besitzes dolose entäußert hat. — Ich muß mich hier zunächst auf die Bemerkungen zu dem oben angeführten Fr. 42. beziehen, und will hier nur bemerken, daß dieß auch den allgemeinen Grundsätzen von der Haftungsverbindlichkeit der Erben, wovon am geeigneten Orte, entspricht. Die Klage im vorliegenden Fall ist aber nicht die rei vindicatio, welche gegen den Erblasser als fictus possessor angestellt werden konnte, sondern die actio in factum, insofern nehmlich die Erben durch den aus der Sache erzielten Erlös bereichert sind. Zu Pomponius

Fr. 53. D. h. t.

„Si fundi possessor eum excoluisset, sevissetve: et postea fundus evincatur, consita non potest tollere“ — ist zu vergleichen des Gajus

Fr. 9. pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.)

„Qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Caeterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus soli petat aedi-

ficium, defendi potest per exceptionem doli mali: ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa consevit" — von welcher der

§. 32. I. de rer. div. (2, 1.)

eine wörtliche Abschrift mit der einzigen Ausnahme enthält, daß in dem letzteren die Worte von „poterit" bis zum Ende also lauten: „potest is, qui, in alienum fundum sua impensa bona fide conseruit." Sodann kommt hier noch des Imperator Gordian

Const. 1. C. Gregor. de R. V. (3, 3.)

„Vineas alieno agro institutas solo cedere, et, si à malae fidei possessore id factum sit, sumtus eo nomine erogatos per retentionem servari non posse, incognitum non est" — so wie der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 11. C. de R. V. (3, 32.)

„Si quis sciens alienum agrum sevit, vel plantas imposuit, postquam hae radicibus terram fuerint amplexae, solo cedere rationis est. Domini enim magis segetem vel plantas, quam per hujusmodi factum solum suum facit. Sane eum, qui bona fide possidens hoc fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium servare sumtus, juris auctoritate significatum est" — in Betracht. Darüber nun, daß dem bonae fidei possessor die Kosten der Anpflanzung ersetzt werden müssen, und daß ihm dießfalls die exceptio doli (Fr. 48. oben S. 565 u. 566) zustehe, stimmen alle diese Stellen überein. Der eigentliche Sinn unserer Stelle ist aber der, daß auch der malae fidei possessor, welcher, wenn die area hiedurch nicht beschädigt wird, ein auf fremdem Grund und Boden errichtetes Bauwesen abbrechen, und die Baustoffe mit sich nehmen darf (vgl. Fr. 27. §. 5. S. 546 ff.), in diesem Falle das Eingesäete nicht wegnehmen darf, wenn er gleich keinen Kosten-Ersatz erhält, und so ist zwischen dem mala fide aedificans und plantans ein Unterschied. Ulpian's

Fr. 54. D. h. t.

„Inter officium advocationis, et rei suae defensionem multum interest: nec propterea quis, si postea cognoverit, rem ad se pertinere, quod alii eam vindicanti tunc ignorans suam esse adsistebat, dominium suum amisit" — enthält den Satz: daß wenn Jemand dem petitor bloß als Rechtsfreund beygestanden ist, und nachher erst

erfährt, daß die Sache sein Eigenthum sey, die rei vindicatio anstellen könne. Julian

Fr. 55. D. h. t.

„Si possessor fundi, ante judicium acceptum, duobus heredibus relictis, decesserit: et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet.“ — Das Gewicht ist hier auf die Worte „ante judicium acceptum“, d. h. ante litem contestatam zu legen, und aus dieser Stelle Julian's ist auch die Stelle des Paulus

Fr. 2. §. 2. D. de praet. stipul. (46, 5.)

„Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in solidum eum damnandum Julianus scribit“ — zu erklären. Dort fährt aber auch Paulus ganz richtig auf folgende Weise fort: „sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.“ Der Grund hievon aber liegt darin, weil der petitor nur den Besitzer der Sache belangen kann; wurde nun der Erblasser noch als Besitzer der Sache belangt, und hat dieser noch als solcher litem contestirt, so sind nach seinem Tode seine sämmtlichen Erben als solche, von welchen lis contestirt worden, anzusehen; und kein Einzelner derselben kann, da die Litis-Contestation durch den Tod des Erblassers als auf diese übergegangen anzusehen ist, allein und ohne die Uebrigen belangt werden. Julian

Fr. 56. D. h. t.

„Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est: sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.“ — Ich muß hier zunächst wieder auf dasjenige zurückkommen, was ich im I. Band S. 322 u. 323 von mehreren zu einer Sachen-Einheit vereinten Sachen vorgetragen habe. Das peculium gehört zu den in einer bloßen ideellen Verbindung stehenden Sachen. Aber diese bloß ideelle Verbindung ist nicht wie bey der grex eine bloße Namens-Verbindung, sondern sie hat rechtliche Wirkungen. Mit einem Worte: das peculium ist nicht bloß wie die grex eine universitas facti, sondern eine universitas juris. Allerdings hat nun auch die universitas juris mit der universitas facti das gemein, daß sie zu gleicher Zeit die zu ihr gehörigen Sachen

unter einem gemeinschaftlichen Namen vereinigt, denn wie mehrere zu Einer Heerde gehörigen Stücke Vieh unter dem gemeinschaftlichen Namen einer Heerde, so werden auch die verschiedenen zu einer Erbschaft oder einem peculium gehörigen Stücke unter der allgemeinen Benennung einer Erbschaft oder eines peculii begriffen. Wenn aber der Legatar, somit der successor singularis eines peculii, behaupten wollte, daß ja das peculium als universitas juris zugleich auch eine universitas facti sey, und er nun sämmtlichen zu dem peculium vereinigte Sachen, wie eine grex (Fr. 1. §. 3. oben S. 498 ff.) unter dem Collectiv-Namen des peculii vindiciren wollte, so wäre ihm mit Julian zu erwiedern: das peculium sey keine bloße universitas facti, sondern eine universitas juris. Eine universitas juris aber sey kein Gegenstand der rei vindicatio, welche bloß gegen einzelne Sachen oder gegen eine bloße universitatem facti gerichtet werden könne. Dieß ist der Sinn unserer Stelle, welche generalisirt also folgenden Satz enthält: Universitates juris können, wenn sie gleich auch in Beziehung auf die nominelle Verbindung als hereditates facti angesehen werden könnten, doch in Beziehnng auf die rei vindicatio nicht als solche angesehen werden. Alfenus

Fr. 57. D. h. t.

„Is, à quo fundus petitus erat, ab alio ejusdem fundi nomine conventus est. Quaerebatur: si alterutri eorum jussu judicis, fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res judicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.“ — Hierüber bitte ich das Fr. 57. D. de hered. petit. S. 454 ff. zu vergleichen, welches eine ganz ähnliche Bestimmung in Beziehung auf die hereditatis petitio enthält. Auch kann zwar durch den noch anhängigen Rechtsstreit die Vollstreckung des Urtheils nicht aufgehoben, der obsiegende Kläger aber muß, wenn er hinreichende Liegenschaft besitzt, sich für die Rückerstattung im Fall des Obsiegens des andern Klägers verbindlich machen, und wenn er solche nicht besitzt, hiefür Sicherheit leisten. Paulus

Fr. 58. D. h. t.

„A quo servus petebatur, et ejusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat: si utroque in judicio condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius servus ab eo evictus esset? Respondit, non oportere judicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine judicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari: sed si prius de furto judicium factum esset, et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem judicium factum esset, non debere ob eam rem judiccm, quod hominem non traderet, litem aestimare: quoniam nihil ejus culpa, neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.“ — Hier dürfte auch der Fassung wegen der betreffenden Stelle der Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 57. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 209)

in Betracht kommen.

„Ἐὰν ὀνόματι τοῦ αὐτοῦ δούλου περὶ δεσποτείας ἔναγῃ μοι ἄλλος, καὶ ἄλλος περὶ πταίματος; εἰ μὲν πρῶτον περὶ δεσποτείας καταδικασθῶ, οὐκ ἄλλως δίδωμι, εἰ μὴ λάβω περὶ τοῦ ἀζημίου τοῦ πταίσματος ἀσφάλειαν. εἰ δὲ πρῶτον περὶ πταίσματος καταδικασθεὶς ἐνδώσω τὸν δοῦλον, καὶ οὕτω περὶ δεσποτείας καταδικασθῶ, οὐ δίδωμι τὴν ἀποτίμησιν τοῦ πταίσαντος· οὔτε γὰρ δόλον, ἢ ἀμέλειαν ἐποίησα εἰς τὸ μὴ δοῦναι τῷ δεσπότῃ τὸν δοῦλον.“

„Si ejusdem servi nomine alius mecum in rem agat, alius noxali judicio, si quidem prius in rem actione condemnatus sim, non aliter eum tradam, quam si mihi cautum sit, indemnem me futurum in causa noxali. Si vero prius condemnatus noxali actione, servum noxae dederit, deinde in rem actione condemnatus sim, non praesto aestimationem servi noxii: non enim dolo, aut culpa, feci, quominus servus domino traderetur.“

Besonderer Bemerkungen aber wird diese Stelle nicht bedürfen, da sie in der That ganz klar ist. Julians

Fr. 59. D. h. t.

aber ist schon bey dem Fr. 27. §. 5. (oben S. 548) erläutert worden. Des Pomponius

Fr. 60. D. h. t.

„Quod infans, vel furiosus possessor perdidit, vel corrupit, impunitum est“ — aber ist sehr merkwürdig, und ich bitte hiezu auch meine

Lehre des Römischen Rechts von der natürlichen Verbindlichkeit ꝛc. Stuttg. 1827. §. 53. S. 49 u. 50.

zu vergleichen. Unter Beziehung auf meine Bemerkungen im I. Band S. 176—179 aber theile ich die Bemerkung der Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221.

wenn solche das Wort „infans“ mit „ἑπταετὴς“ septennis, d. h. welches das 7te Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, übersetzen. Julian

Fr. 61. D. h. t.

„Minicius interrogatus: si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus ejusdem navis maneret? Respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse, Julianus notat: nam proprietas totius navis, carinae causam sequitur.“ — Zu vergleichen hierüber ist auch Paulus

Fr. 26. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.)

„Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse: quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupressum aut laneum corpus fieret. §. 1. Proculus indicat, hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes, aut manus, scypho fundus, aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim ejus sunt, cujus ante fuerant. §. 2. Arbor radicitus eruta, et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est: ubi coaluit, agro cedit: et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam. §. 3. Si meam lanam feceris purpuram, nihilominus meam esse Labeo ait: quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut coenum cecidisset, atque ita pristinum colorem perdidisset“ — Hier muß ich mich auf den oben S. 508 u. 509 abgedruckten

§. 25.

§. 25. I. de rer. div. (2, 1.)

beziehen. Schon der flüchtige Anblick unsers Julian'schen und des Fragments von Paulus zeigt, daß Julian und Paulus hierüber nicht einerley Ansicht hatten. Diese Controverse kann uns jedoch in keine Verlegenheit bringen, da die Sache durch den o. a. Institutionen-Paragraphen entschieden ist, und sich Justinian für die Ansicht des Paulus, welcher auch bey dem Bau eines ganz neuen Schiffes mit fremden Baustoffen den Erbauer als Eigenthümer des Schiffes ansieht, erklärt hat. Daß übrigens Julian's Stelle nicht in die Digesten hätte aufgenommen werden sollen, leuchtet hienach von selbst ein. Papinian

Fr. 62. D. h. t.

„Si navis à malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur, nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur: tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur. §. 1. Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat.“ — Hier verdient auch die betreffende Stelle der Basilicen einer Erwähnung.

L. XV. tit. 1. Fr. 61. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 210.)

„Ὁ κακῇ πίστει νομεὺς τοὺς καρποὺς, οὓς ἠδύνατο λαβεῖν ὁ ἐνάγων, δίδωσι, τοῦ πλοίου καὶ τοῦ ἐργαστηρίου καὶ τοῦ μεσαύλου, τῶν εἰωθότων μισθοῦσθαι. καί τοι τοῦ κληρονόμου μὴ διδοῦντος τόκους τῶν εὑρεθέντων, ἐὰν μὴ ἥψατο αὐτῶν. διότι τὸ πλοῖον οὐκ ἐγκινδυνεύεται τῷ νομεῖ, ὡς τὰ χρήματα τῷ δανείζοντι.“

„Malae fidei possessor fructus restituit, quos petitor percipere potuisset, navis tabernae, et areae, quae locari solent. Quamvis heres qui pecuniam in hereditate inventam non attigit, usuras ejus non praestet: quia periculum navis (non, was Fabrott ausgelassen hat) ad possessorem pertinet, sicut pecunia collocari solet periculo dantis.“

Wir müssen nehmlich, um den richtigen Sinn dieser Stelle aufzufinden, nothwendig den §. 1. dem proëmium vorsetzen. Das Princip, von welchem Papinian ausgeht, ist das im §. 1. enthaltene, daß der malae fidei possessor dem petitor auch dann, wenn er keine Früchte aus der Sache bezogen hat, der petitor aber solche hätte beziehen können, einen Abtrag hiefür zu erstatten habe, und im proëmium ist sodann von bürgerlichen Früchten, d. h. von solchen, welche zwar nicht die Sache selbst hervorbringt, aber von derselben im Wege des Verkehrs bezogen werden können, die Rede, und hier behauptet nun Papinian, daß der malae fidei possessor eines Schiffes oder eines Nachens, wenn er gleich keinen Fährlohn aus demselben bezogen, dennoch dem petitor, wenn er einen solchen hätte beziehen können, Ersatz zu leisten habe. Allerdings fiel dem Papinian hiebey ein: ob er sich durch diese Behauptung nicht mit einer andern in Widerspruch setze, welche sich in dem Fr. 20. §. 14. D. de hered. pet. (vgl. oben S. 393) findet, daß nehmlich der possessor hered., wenn er die Erbschaftsgelder nicht angerührt, auch nicht in Zinse verurtheilt werden könne. Er bemerkt dann aber sogleich, daß die Rechtsverhältnisse in beiden Fällen nicht die gleichen seyen, weil der possessor wohl bey dem Gelde, nicht aber bey dem Schiffe den Zufall zu tragen habe, worüber Fr. 30. D. de hered. pet. (oben S. 440) zu vergleichen ist, und hieher gehört auch eben desselben

Fr. 64. D. h. t.

„Cum in rem agitur, eorum quoque nomine quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est“ — denn auch hier werden unter den „rebus, quae usui, non fructui sunt“ nur solche verstanden, welche keine natürliche Früchte bringen, und nur auf dem Wege des bürgerlichen Verkehrs zum Ertrage gebracht werden können, ganz richtig führen daher auch die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221.

hiezu folgende Beispiele an: *Τυχὸν ἵππου ἢ οἰκέτου, ἢ ἐσθῆτος, ἢ δίσκου*“ — Fortasse equi, aut servi, aut vestis, aut lancis.“ — Papinian's

Fr. 63. D. h. t.

ist schon bey dem Fr. 46. u. 47. S. 562 ff. erläutert worden. Eben desselben

Fr. 64. D. h. t.

wurde so eben bey dem Fr. 62. erläutert. Eine genauere Beleuchtung aber verdient Papinian's

Fr. 65. D. h. t.

„Emtor praedium, quod à non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet, si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. Nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumtuum in praedium factorum exemplo, aequum est. §. 1. Ancillam, quae non in dotem data, sed in peculium filiae concessa est, peculio filiae non legato, mancipium hereditarium esse convenit. Si tamen pater dotis, ac peculii contemplatione filiam exheredavit: et ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo minus legavit: filiam defensio tuebitur voluntatis.“ — Den §. 1. desselben kann ich füglich übergehen. Was aber das proëmium betrifft, so bemerken die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 221 u. 222.

in einem Beispiele hiezu Folgendes:

„Τυχὸν, Πετρὸς δανεισάμενος παρὰ Παύλου χρυσοὺς χιλίους ὑπέθετο αὐτῷ ἀγρὸν, καὶ ἀπεδήμησεν. Μάρκος δὲ εὑρὼν τὸν ἀγρὸν ἐπ' ἐρημίας τοῦ Φυλάττοντος, καὶ νεμηθεὶς, ἐπώλησεν αὐτὸν ἐμοί. ἦλθε Παῦλος ὁ δανειστὴς κινῶν, καὶ τὸν ἀγρὸν ὡς ὑποκείμενον αὐτῷ ἐνδικῶν. προσήγαγον ἐγὼ αὐτῷ τὸ κεφάλαιον, τυχὸν χίλια νομίσματα, καὶ τοὺς τόκους τυχὸν πεντακόσια νομίσματα, καὶ ἔλυσα τοῦ δεσμοῦ τῆς ὑποθήκης τὸ ἐνέχυρον. οὐκαλῶς λαμβάνει τὸν ἀγρὸν ὁ Πέτρος, εἰ μὴ πρότερον τὸ χρέος ὅπερ κατέβαλον τῷ δανειστῇ, καὶ τοὺς τόκους τοὺς καινοὺς μόνους ἀντισταθμίζεσθαι τοῖς ἐπὶ τῶν ἐργασθέντων ἐπὶ τοῦ ἀγροῦ δαπανημάτων δίκαιον. §. 1. Τὴν παιδίσκην, ἣ οὐκ εἰς προῖκα δέδοται, ἀλλ' εἰς πεκούλιον τῇ θυγατρὶ συγκεχώρηται, τοῦ πεκουλίου μὴ καταλειφθέντος, οἰκετικὸν εἶναι συμβαίνει. εἰ μέντοι πατὴρ προικὸς καὶ πεκουλίου ἕνεκα ἐξέδωκε τὴν θυγατέρα, καὶ ἐκεῖνον ἀπεκήρυξε, καὶ ἐκείνου ἕνεκα οὐδὲν αὐτῇ κατέλιπεν, ἢ ἧττον ἐκληροδότησεν, ἡ θυγάτηρ ἐνδικήσει τὴν παιδίσκην.“

„Petrus cum mille aureos à Paulo mutuo accepisset, fundum ei pignori obligaverat, et peregre profectus est. Marcus autem, cum fundum vacuum nactus esset, eum mihi vendidit. Rediit Paulus creditor, agitque hypothecaria, et persequitur pignus suum. Persolvi ego sortem, id est, mille aureos, et usuras, id est, aureos quingentos, et fundum vinculo pignoris liberavi. Non recte Petrus fundum vindicat, nisi prius debitum, quod solvi creditori, et novas usuras mille aureorum persol-

νοὺς παράσχῃ τῶν χιλίων νομισμάτων. καὶ εἰ μὲν τοσοῦτοι γενήσονται οἱ καρποὶ, ὅσοι ἐποφείλονται τόκοι, ἡσυχάζω, συμψηφιζομένων μοι τῶν καρπῶν εἰς τοὺς τόκους. εἰ δὲ ἐλάττους ἐγένοντο τῶν τόκων καρποὶ, τότε ἀπαιτῶ τὸ ὑπὲρ πλέον ἐν τοῖς τόκοις."

verit: et si tantum est in fructibus, quantum in usuris, quiesco: et usurae cum fructibus compensantur. At si plus sit in usuris, quam in fructibus, superfluum usurarum petam."

— und Harmenopulus

Πρόχειρον Νόμων. Manuale Legum. L. III. tit. 3. §. 86. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 177.)

faßt die Sache in folgenden kurzen Satz zusammen:

„Ὁ ἀγοράσας ἀλλότριον ἀγρὸν οὐ δίδωσιν αὐτὸν τῷ δεσπότῃ, εἰ μὴ λάβοι τὰ χρήματα, ἅπερ δέδωκε τῷ ἐσχηκότι αὐτὸν εἰς ἐνέχυρον."

„Alienum emens fundum domino non reddit, nisi recipiat pecuniam, quam dedit ei, qui illum pignori habuit."

Der ganze Sinn dieser Stelle ist nehmlich kein anderer, als der: daß der possessor, wenn er einem Gläubiger, welchem das Gut verpfändet war, die Pfandschuld nebst Zinsen habe bezahlen müssen, dem petitor nicht nur dasjenige, was er an Hauptschuld und Zinsen bezahlt habe, sondern auch Zinsen aus der ganzen, dem Pfandgläubiger an Hauptsumme und Zinsen bezahlten Schuld mittelst der exceptio doli aufrechnen könne, daß aber diese Schuld nebst Zinsen vorerst an dem Früchtebetrag abzurechnen, und erst dasjenige, um was der gedachte Betrag nicht zureicht, von dem petitor zu ersetzen sey. In unserm proëmium ist aber offenbar noch Etwas enthalten, was in dem Beispiel der Basilicen übersehen worden ist. Setzen wir nehmlich den Fall: der possessor hat dem Pfandgläubiger an Capital —:· 1000 fl., an Zinsen —:· 200 fl., zusammen also —:· 1200 fl. bezahlt. Die Zinsen hieraus betragen auf zwey Jahre —:· 120 fl. Die Früchte aber sind nach Abzug der Kosten nur auf 100 fl. zu berechnen. An welchem Posten sind nun diese 100 fl. zunächst abzurechnen? Etwa an denjenigen 1200 fl., welche der possessor dem Pfandgläubiger bezahlt hat, oder an den Zinsen von 120 fl.? welche Papinian die usuras inter-

medii temporis oder novas nennt, denn daß die Lesart „usuris novis“ richtig sey, ergibt sich aus den Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 64. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 210.)

welche gleichfalls von „τόκοις νέοις“ sprechen. Die usurae novae sind es nun zunächst, an welchen der Früchtebetrag abzurechnen ist. Somit ist also die Rechnung im vorliegenden Falle auf folgende Weise zu stellen. Schuldigkeit des petitoris

a) an dem dem Pfandgläubiger bezahlten Capital	1000 fl.
und Zinsen — — — — —	200 —
	1200 —
b) an neuen Zinsen	120 fl.
	1320 fl.

Hievon geht der Betrag der von dem possessor bezogenen Früchte mit . . . 100 —

und verbleiben daher zu a)	1200 —
zu b)	20 —

Fragt man nun aber: ob es dann überhaupt ein praktisches Interesse habe, an welchen Posten der Früchtebetrag abgerechnet werde? so erwiedere ich hierauf nur kurz und hier ohne weitere Ausführung, welche ich in den 4ten Titel des 20sten Buchs verweisen muß, daß es allerdings von praktischem Interesse ist, weil dem possessor rücksichtlich der dem Pfandgläubiger bezahlten Summe ein Pfandrecht, rücksichtlich der neuen Zinse aber ein solches nicht zusteht. — Endlich aber könnte noch die Frage entstehen: ob auch der malae fidei possessor hierauf und auf den fraglichen Ersatz Anspruch machen könne? Eine Frage, welche zu bejahen ich nicht das mindeste Bedenken trage, da auch Papinian zwischen dem bonae und malae fidei possessor hier nicht unterscheidet. Paulus

Fr. 66. D. h. t.

„Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis exstiterit.“ — Daß nun die vorliegende Stelle nur von dem Falle handle, wenn das Eigenthumsrecht des Petitors durch den Eintritt einer Bedingung aufgehoben (resolvirt) wird, nicht aber von dem, wenn die Erwerbung des Eigenthumsrechts von einer suspensiven Be-

dingung abhängt, geht ganz deutlich aus den Worten derselben hervor. Hiezu gehört auch die Stelle des Pomponius

Fr. 205. D. de div. reg. jur. (50, 17.)

„Plerumque fit, ut etiam ea, quae nobis abire possint, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possint: et ideo, quod fisco obligamus, et vindicare interdum, et alienare, et servitutem in praedio imponere possumus.“ — Zu dem Worte „plerumque“ machen nun die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 93. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 81.

folgende Bemerkung:

„Ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ ἐπὶ δούλου ὑπὸ ἡμέραν ἐλευθερωθέντος· ἐκείνῳ γὰρ βάρος ἐπιτίθεσθαι οὐ δύναται.“

„Plerumque“ oder „Ut plurimum in servo, cui libertas in diem data est: illi enim onus imponi non potest.“

Der Sinn dieser Stelle kann nun aber kein anderer als der seyn, daß diese Regel nur bey dem statuliber keine Anwendung finde. Scävola's

Fr. 67. D. h. t.

„A tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit, is pecuniam invenit. Quaeritur, ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat“ — wird wohl keiner weiteren Erläuterung bedürfen. Ulpian

Fr. 68. D. h. t.

„Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere: si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones

in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.“ — Was den ersten Satz dieser Stelle betrifft, so habe ich ihn bereits im I. Band S. 454 u. 455 erläutert. Der zweite Satz „Si vero — damnandus est“ bietet einige Schwierigkeiten dar. Daß nehmlich das juramentum in litem nur dann eintrete, wenn sich der Beklagte *dolose* der Sache entäußert hat, dieß ist ganz klar und unbestritten, allein die Worte „sine ulla taxatione“ sind es, welche bedenklich sind. Auf kritischem Wege ist wohl diesen Worten nicht beizukommen, und alle Versuche, dieselben zu entfernen, sehe ich wenigstens für vergeblich an. Wir müssen daher ihnen irgend einen mit andern Stellen im Einklang stehenden Sinn abzugewinnen suchen. Störend tritt uns hier zunächst entgegen Ulpian's, also noch dazu des Verfassers unserer Stelle

Fr. 4. §. 2. D. de in lit. jur. (12, 3.)

„Jurare autem in infinitum licet. Sed an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne, arrepta occasione, in immensum juretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum, nec ne, constat. An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere, quaeritur? arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit.“ — Denn man sollte fast glauben, daß unser Fr. 68. einen Verstoß gegen jene Regel enthalte. Namentlich sagt auch Paulus in dem im I. Band S. 444 abgedruckten

Fr. 18. pr. D. de dolo malo (4, 3.)

„Officio judicis debet in utraque actione (nehmlich doli et metus causa) taxatione jusjurandum refraenari.“ Ferner sagt Ulpian selbst in dem im I. Bande S. 446 abgedruckten

Fr. 3. §. 2. D. de exhib. (10, 4.)

„judice quantitatem taxante.“ Die Basilicen helfen uns hier nicht aus der Noth. Sie übersetzen zwar

L. XV. tit. 1. Fr. 67. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 211.)

die Worte: „sine ulla taxatione“ unsers Fr. 68. durch „*χωρὶς ὑπερθέσεως*“, während sie sich bey dem oben angeführten Fr. 4. §. 2. D. de in lit. jur. des Worts „*ταξατίονα*“ bedienen.

L. XXII tit. 6. Fr. 4. §. 2. (l. s. c. Tom. III. p. 205.)

allein ich kann doch mit Fabrott nicht übereinstimmen, wenn er „χωρὶς ὑπερθέσεως“ mit „sine mora“ „ohne Zaudern“ übersetzt, auch wüßte ich in der That nicht, was dann das „sine mora“ hier eigentlich bezeichnen sollte. Das griechische Wort „ὑπέρθεσις“ scheint mir vielmehr mit dem lateinischen Worte „taxatio“ und dem gräcisirten „ταξάτιο“ ganz identisch zu seyn. Auch haben die Scholiasten der Basilicen diese beiden Ausdrücke für identisch angesehen, und der wenigstens scheinbare Widerspruch der obigen Stellen ist ihnen nicht entgangen. Ueber die Art, wie sie solchen auszugleichen suchten, mögen wir sie selbst hören. Es bemerkt nehmlich der Scholiast Nicäus zu dem

Fr. 4. §. 2. D. de in lit. jur. (12, 3.) L. XXII. tit. 6. Fr. 4. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. III. p. 209—211.)

Τῷ ἰν λίτεμ ὅρκῳ ἀεὶ χώραν δίδωσιν ὁ δόλος. ἐρωτῶ δὲ, ἆρα μετὰ ταξατίονος, ἢ χωρὶς ταξατίονος, καὶ εἰς ἀπέραντον δύναται ὀμνύειν ὁ ἐνάγων ἐπὶ τοῦ ἰν λίτεμ ὅρκου. ἐμοὶ δοκεῖ ὅταν τις καταδικασθῇ ἀποκαταστῆσαί τινι ὥσπερ ὧδε, καὶ νέμεται τοῦτο, καὶ οὐ βούλεται ἀποκαταστῆσαι, ἢ δόλῳ παύσεται τῆς νομῆς, τότε ἀταξάτευτος ἐστὶν ὁ ἔνδικος ὅρκος. Φησὶ γὰρ τὸ ξή. κεφ. τοῦ α΄. τιτ. τοῦ ιε΄ βιβ. ὁ τῷ δικαστῇ μὴ πειθαρχήσας ἐν τῷ ἀποκαταστῆσαι ἀλλότριον πρᾶγμα, εἰ μὲν ἔχει τὸ πρᾶγμα, διὰ στρατιωτῶν ἀφαιρεῖται, καὶ μεταφέρεται ἡ νομὴ πρὸς τὸν νικήσαντα, καὶ ἐπὶ μόνοις καρποῖς καὶ ἀμελείᾳ καταδικάζεται. εἰ δὲ μὴ δύναται ἀποκαταστῆσαι, εἰ μὲν κατὰ δόλον ἐπαύσατο τῆς νομῆς, εἰς ὅσον ὁ ἐνάγων ὀμόσει χωρὶς ταξατίονος καταδικάζεται εἰς ἀπέραντον κ. τ. λ. ὁ γοῦν

„Jurijurando in litem dolus (semper, was Fabrott ausgelassen hat) locum dat. Quaero autem, utrum cum taxatione, an sine taxatione, et in infinitum actor in jurejurando in litem jurare possit? mihi videtur, cum quis rem restituere condemnatus est, ut heic, eamque possidet, nec restituere vult, vel dolo possidere desiit, tunc jusjurandum in litem taxationem non recipere: dicit enim caput LXVIII. tit. I. lib. XV. (nehmlich unser Fr. 68.) Qui rem alienam restituere jussus judici non paret, si quidem habeat rem, manu militari aufertur, et ad victorem possessio transfertur, et fructuum dumtaxat et culpae nomine condemnatur. Si vero non potest restituere, si quidem dolo desiit possidere,

ἔνδικος ὅρκος ἀπὸ δόλου χώραν ἔχων, εἰ μὲν περὶ αὐτὸ ἀποκαταστῆναι τὸν δόλον ὁ ἐναγόμενος ποιεῖται, ἀταξάτευτός ἐστιν, ὡς καὶ ὧδε ἐμφαίνεται, καὶ τῷ ῥηθέντι ξή. κεφ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ στ'. βιβ. εἰ δὲ οὐ περὶ τὸ ἀποκαταστῆναι ἀλλὰ περὶ ἕτερον γέγονε δόλος, χώρα τῇ ταξατίονι. γίνωσκε δὲ ἔξωθεν, ὅτι ἐξουσίαν ἔχει ὁ ἐνάγων παραιτεῖσθαι τὸν ἐν λίτεμ ὅρκον, καὶ αἰτεῖν τὸν δικαστὴν σκοπῆσαι τὸ διαφέρον. Φησὶ γὰρ τὸ οα'. κεφ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ ιε'. βιβ. εἰ δὲ δόλον μὲν ὁ νομεὺς ἐποιήσεν, οὐ θέλει δὲ ὁ ἐνάγων ὀμόσαι τὸν ἔνδικον ὅρκον, ἀλλὰ λαβεῖν τὸ διαφέρον, ἀκουέται. ἐκ τούτων δῆλον ὅτι ὁ ἐν λίτεμ ὅρκος, ὅστις ἀπὸ δόλου χώραν ἔχει, ἐὰν ὁ δόλος εἰς τὴν ἀποκατάστασίν ἐστιν, ἀταξάτευτός ἐστιν. καὶ μήν μοι εἴπῃς, ὅτι καὶ μήν Φησι τὸ β'. θέμα τοῦ κεφ. γ'. τοῦ δ'. τιτ. τοῦ ιε'. βιβ. ὁ μὴ πειθαρχῶν ἐναγόμενος ὑπόκειται τῷ ἐνδίκῳ ὅρκῳ μετὰ ταξατίονος. ἐκεῖ γὰρ οὐ περὶ τοῦ καταδικασθέντος Φησὶ, καὶ μὴ ἀποκαθιστῶντος, ἀλλὰ περὶ τοῦ μὴ πειθομένου εἰς τὸ δικασθῆναι· καὶ εὐλόγως ἁρμόζει ταξατίων. ἀρκεῖ γὰρ αὐτῷ μία ποινὴ, ὅτι πρὸ τοῦ δικασθῆναι διὰ τὴν ἀπείθειαν καταδικάζεται καὶ πρὸ διαγνώσεως, καὶ οὐ χρὴ αὐτὸν εἰς ἀπέρχντον καταδικασθῆναι. οὐ γὰρ γίνεται δόλος εἰς τὴν ἀποκατάστασιν. καὶ μὴ

in quantum actor juraverit sine taxatione in infinitum condemnatur etc. Jusjurandum igitur in litem, quod ex dolo defertur, si quidem in rei restitutione dolum reus fecerit, sine taxatione est, ut heic ostenditur, et dicto cap. LXVIII. tit. I. lib. VI. (nehmlich unſer Fr. 68.) Sin autem non in rei restitutione, sed circa aliud dolus factus sit, locus est taxationi. Sciendum autem est extrinsecus licere actori jusjurandum recusare, et desiderare ut judex, quanti ejus interesit, aestimet. Dicit enim cap. LXXI. tit. I. lib. XV. Fr. 71. D. de rei vind. (6, 1.), quod si possessor dolum fecit, actor autem in litem jurare non vult, sed quanti res sit consequi malit, auditur. Ex his manifestum est, jusjurandum in litem quod ex dolo defertur, si dolus circa rei restitutionem sit, sine taxatione esse. Neque dixeris, quin imo dicit II. them. cap. III. tit. IV. libri XV. (nehmlich das oben ſchon erwähnte Fr. 3. §. 2. D. ad exhib. 10, 4.) quod reus qui non obtemperat, subjicitur jurijurando in litem cum taxatione judicis: ibi enim non agitur de condemnato et non restituente, sed de contumace, ut judicaretur.

μοι πάλιν εἴπῃς, ὅτι πῶς φησι τὸ ικ. κεφ. τοῦ γ'. τιτ. τοῦ ί. βιβ. ἀπὸ δὲ προπετείας, καὶ τῷ ἐνδίκῳ ὑπόκειται ὁριζομένῳ παρὰ τοῦ δικαστοῦ ὁ μὴ ἀποκαθιστῶν. καὶ γὰρ ἐπ' αὐτοῦ οὐ πάντως, ὡς φησιν ὁ Ἀνώνυμος ἐκεῖσε ἡ ταξατίων γίνεται, ἀλλ' εἰ συνίδῃ ὁ δικαστὴς, καθὼς καὶ τὸ δ'. κεφ. τούτου τοῦ τιτ. φησίν, ἄλλως τε ἐκεῖ τὴν περὶ δόλου ἐθεμάτισε κινηθεῖσαν. καὶ ἐπεὶ ἡ περὶ δόλου ἀτιμοποιός ἐστιν, οὐ χρὴ αὐτὸν δισσῶς τιμωρεῖσθαι, καὶ ἀτιμοῦσθαι δηλαδὴ, καὶ εἰς ἀπέρκυτον καταδικάζεσθαι. εἰ δὲ μετὰ ταξατίονος λέγει γίνεσθαι τὸν ἔνδικον ὅρκον ἡ διατ. θ'. τιτ. δ'. τοῦ βιβ. θ'. τοῦ κώδικος περὶ τοῦ μὴ δυναμένου δεῖξαι τὰ ἁρπαγέντα αὐτῷ, ἀλλὰ μόνην ἁρπαγὴν ἢ ἔφοδον αὐτῷ γενομένην, δικαία ἐστὶν ἡ αἰτία. ἔνθα μὲν γὰρ ἀληθῶς καὶ ἀναμφιβόλως χρεωστῶν τις πράγμα, οὐκ ἀποκαθίστησιν αὐτὸ κατὰ δόλον, καὶ διὰ τοῦτο γίνεται ὅρκος, εὐλόγως ἐστὶν ἀταξάτευτος. ἔνθα δὲ οὐκ ἔστι τοῦτο δῆλον, ἀλλ' ἔστι μὲν ἐνδεχόμενον καὶ ἐξ εἰκότων λογισμῶν, καὶ ἐξ ἑτέρου δῆλον, ἤτοι τῆς ἐφόδου κατασκευάζεται τὸ ἄδηλον, τουτέστιν ἀπώλεια, ὡς ποινῆς διὰ τὸ ἁμάρτημα, τότε ταξατίονα ὁ νόμος κελεύει γίνεσθαι."

Et merito taxatio competit: sufficit enim ei poena una, quod antequam judicetur, propter contumaciam condemnetur etiam ante causam cognitam, nec in infinitum condemnari debet: non enim dolus fit in restitutione. Neque rursus dixeris, quomodo dicit caput XVIII. tit. III. libri X. (nehmlich das o. a. Fr. 18. pr. D. de dolo malo 4, 3.) ex contumacia vero etiam jurijurandi subjicitur, qui non restituit, adjecta taxatione à judice: etenim neque ibi, ut ait Innominatus, omnimodo taxatio fit, sed si judex arbitrabitur, ut etiam dicit caput IV. hujus tit. Praeterea ibi proponit, de dolo institutam actionem. Et quoniam actio de dolo famosa est, non oportet ipsum bis puniri, infamia scilicet notari, et in infinitum condemnari. Quod autem cum taxatione jusjurandum in litem fieri dicit constitutio IX. tit. IV. lib. IX. Cod. (Hierunter iſt keine andere als die Const. 9. C. Unde Vi. 8, 4. gemeint, welche in den Baſilicen L. L. tit. III. Fr. 57. nach der Reitz'ſchen Ausgabe dieſes Tit. in Meerm. Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 57. zu finden iſt) de eo qui probare non potest, quae res ei direptae sint, sed tantum rapinam et impressionem

ipsi factam, justa causa est. Ubi enim quis rem vere et sine omni dubitatione debet, nec eam dolo restituit, ac per hoc jusjurandum defertur, merito taxatio ei non adjicitur. Ubi vero hoc manifestum non est, sed ex verisimilibus rationibus et aliunde probari potest, seu incertum impetus et impressionis probatur, id est, amissio, tanquam poenae propter delictum, taxationem lex fieri jubet.“ — Sodann die des Scholiasten Enantiophanes l. s. c. p. 213.

„Ἐν τῷ ιή'. διγ. τοῦ γ'. τιτ. τοῦ δ'. βιβ. ἤτοι βιβ. ί'. τιτ. γ'. κεφ. ιή'. μετὰ ταξατίονος λέγει τὸν ὅρκον ἐπάγεσθαι ἐπὶ τῆς μέτους καῦσα, ἢ τῆς δὲ δόλῳ. ἐν δὲ τῷ ξή'. διγ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ στ. βιβ. ἐπὶ τῆς ἰν ῥὲμ χωρὶς ταξατίονος εἰς ἀπέραντον, ὡς ἐπὶ τοῦ ἐκεῖσε θέματος. Τέως δὲ μὴ ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἀταξάτευτός ἐστιν, ὡς ἐν τῷ β'. κεφ. παρεγράψαμεν. καὶ ζήτει βιβ. ί'. τίτλῳ γ. κεφαλ. ιη. καὶ κατὰ τοῦτο κἀκεῖνο νόει.“

„In digesto XVIII. tit. III. lib. IV. (nehmlich das oben angeführte Fr. 18. pr. D. de dolo malo (4, 3.) seu lib. X. tit. III. cap. XVIII. (hujus Edit. Tom. I. p. 604.) dicitur, in metus causa actione et de dolo cum taxatione jusjurandum deferri. In Dig. autem LXVIII. tit. I. lib. VI. (nehmlich unser Fr. 68.) in actione in rem sine taxatione, ut in themate ejusdem Digesti. Caeterum ut plurimum taxationem recepit, ut adnotavimus in II. cap. (nehmlich in der vorigen Scholie) et quaere lib. X. tit. III. cap. XVIII. (zu diesem findet sich keine Scholie) et secundum hoc illud etiam accipe.“

Die Scholiasten der Basilicen waren somit der Ansicht, daß unser Fr. 68. eine Ausnahme von der Regel des Fr. 4. §. 2. D. de in litem jur. enthalte. Die Glossatoren hatten hierüber eine ganz eigene Ansicht, welche man auch in der Note 17. des Verfassers S. 109 findet. Ich glaube, daß man schon früher auf die Ansicht der Scholiasten hätte zurückkommen sollen, daß aber dieß nicht geschehen ist, hat eine große Streitigkeit unter den nachherigen Rechtsgelehrten herbeygeführt. Zwar sprach sich noch

Vitalis Lectiones Variantes I. 21. (in Otton. Thes. I. C. Tom. II. p. 651.)

ganz im Sinne der Scholiasten aus, allein

Desid. Heraldus Observv. u. Emend. c. 77. (l. s. c. Tom. II. p. 1344.)

und

Caldera Variar. Lect. L. IV. cap. 1. (in *Meerm.* Thes. I. C. Tom. III. p. 648.)

waren schon anderer Meinung. Das weitere Geschichtliche über diese Controverse ist nun aus der oben schon angeführten geschichtlichen Skizze unsers Verfassers zu ersehen. Aber ich muß aufrichtig gestehen, daß ich diesen neuen Ansichten nicht beipflichten kann, und daß selbst Drummer und Wirschinger mich durchaus nicht befriedigt haben, denn ich vermag in der That zwischen dem „infinitum“ „ἀόριστον“ und dem „immensum“ „ἀπέραντον“ nicht weiter zu unterscheiden, als daß durch das Erstere nach der Kategorie der Zeitform, durch das Letztere nach der des Raums — durch beyde aber etwas Gränzenloses oder Unbegränztes ausgedrückt wird, und dann die sprechenden Worte „sine ulla taxatione“, die nun einmal doch nicht herausgekratzt werden können, und welche, nehme man sie als von Ulpian oder mit Fabrott als von Tribonian herrührend an, in gleiche Verlegenheit bringen. Ich trage daher kein Bedenken, hier der Ansicht der Scholiasten beyzustimmen, und in den Worten „sine ulla taxatione“ eine Ausnahme von der Regel zu erblicken, eine Ausnahme, welche auch in der That der in dem Fr. 70. (oben S. 564) angeführte Grund „ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare“, rechtfertigt, und so sahe auch der o. a. Vitalis ganz richtig die Sache an. — Auch die neueste Ansicht des jüngern Hasse

Ueber das Wesen der actio (im Rheinischen Museum. VI. Bd. Neue Reihe II. Bd. Göttingen 1834. S. 183.)

hat mich keineswegs befriedigt. Namentlich aber scheint Hasse übersehen zu haben, daß Ulpian und Paulus Zeitgenossen waren. Ein sprechender Grund für die Richtigkeit der Ansicht des Scholiasten und des Vitalis liegt für mich aber noch in den Worten des 3ten Satzes: „Haec sententia generalis est.“ — Offenbar hatte nehmlich Ulpian in unserm Fragment zwey Sätze vorgetragen. Bezöge sich nun der letzte und dritte Satz auf beyde, so müßte er sich in der Mehrzahl und so ausgedrückt haben:

„Hae sententiae generales sunt“ aber gerade daraus, weil er sich nur in der Einzahl ausgedrückt hat, folgt auch, daß er nur den letzteren Satz als einen allgemeinen, den ersteren aber als eine Ausnahme von der Regel betrachtete. Paulus

Fr. 69. D. h. t.

habe ich bereits bey dem Fr. 46. u. 47. (oben S. 564) erläutert. Pomponius

Fr. 70. D. h. t.

habe ich theilweise an dem eben angeführten Orte erläutert, theilweise kann dieses erst bey dem Fr. 7. des nächsten Titels geschehen. Paulus

Fr. 71. D. h. t.

„Quod si possessor quidem dolo fecerit: actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit: mos ei gerendus est“ — bedarf keiner Erläuterung. Ulpian's

Fr. 72. D. h. t.

habe ich bereits bey dem Fr. 50. (oben S. 567) erläutert. Paulus

Fr. 73. D. h. t.

„In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte ejus sit. Hoc enim petitoris munus est, non possessoris. Quod et in Publiciana observatur. §. 1. Superficiario.“ — Diese Stelle gehört eigentlich in den ersten Titel des 11ten Buchs, wo ich sie auch erläutern werde. Zu dem Worte „Superficiario“ gehören Paulus

Fr. 74. D. h. t.

„Id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet“ — und Ulpian's

Fr. 75. D. h. t.

„Praetor, causa cognita, in rem actionem pollicetur.“ Zu dem Fr. 74. ist auch noch das oben S. 548 abgedruckte

Fr. 2. de superficiebus (43, 18.)

des Gajus zu vergleichen. Die dem superficiarius ertheilte rei vindicatio scheint aber nicht die directa, sondern die utilis gewesen zu seyn, wenigstens sagt Paulus

Fr. 16. §. a. D. de pigner. act. (13, 7.)

„hodie utiles actiones superficiariis dantur.“ — Gajus

Fr. 76. D. h. t.

„Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt, officioque judicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui jubere, quae simul cum ipsa parte restitui debent. §. 1. Incertae partis vindicatio datur, si justa causa interveniat. Justa autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem examinatur. Justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat. Itaque talis dabitur actio. Eadem et de caeteris rebus intelligemus.“ — Das proëmium bedarf nun wohl keiner weitern Erläuterung. Auch ist dasjenige, was der §. 1. von der vindicatio einer partis incertae sagt, sehr klar. Uebrigens ist hierüber auch der I. Band S. 466 zu vergleichen. Ulpian's

Fr. 77. D. h. t.

„Quaedam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit. Posse defendi, in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset“ — enthält zwey Fälle einer ficta traditio. Der erste Fall ist derjenige, wenn der Eigenthümer der Sache sie Jemand geschenkt, und zu gleicher Zeit von ihm gemiethet oder gepachtet hatte, und hiemit stimmt auch Ulpian's

Fr. 32. §. 1. D. de adquir. vel amitt. possess. (41, 2.)

„Si conductor rem vendidit, et eam ab emtore conduxit, et utrique mercedes praestitit: prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet“ — überein, auch äußert sich Celsus

Fr. 62. pr. D. de evict. (21, 2.)

„Si rem, quae apud te esset, vendidissem tibi: quia pro tradita habetur etc.“ — auf gleiche Weise. Der zweyte Fall einer ficta traditio, dessen unser Fragment erwähnt, aber findet dann Statt, wenn der Schenknehmer gerade zu der Zeit, wo er die Schenkungs-Urkunde erhielt, sich auf dem geschenkten Grundstücke befand. Labeo

Fr. 78. D. h. t.

„Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immo, quaeritur, hujus fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit. Perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint: veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.“ — Was den ersten Satz unsers Fragments bis „oportet“ betrifft, so müssen wir uns hierunter offenbar nur einen bonae fidei possessor denken, denn nach dem Fr. 62. §. 1. (oben S. 575) hat der malae fidei possessor auch diejenigen Früchte, welche er hätte beziehen können, zu ersetzen. Dieß scheint auch Paulus in der freilich etwas dunkeln Stelle von „Immo — perceperit“ anzudeuten. Die Stelle von „Perceptionem“ bis zum Ende betreffend, muß ich auf meine Schrift

die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 67. S. 135—141.

verweisen. Ganz richtig und viel bündiger haben die Basilicen dieses Fragment auf folgende Weise gefaßt:

L. XV. tit. 1. Fr. 77. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 213.)

„Ὁ καλῇ πίστει νομεὺς, εἰ μὴ καρποὺς ἔλαβεν, οὐ δίδωσιν· οὓς δὲ λάβῃ ἰδίῳ ὀνόματι, ἰδίους ποιεῖ, εἰ καὶ μήπω ἀπὸ τῶν ἐλαιῶν καὶ τῶν σταφυλῶν ἐποιήσεν ἔλαιον ἢ οἶνον.“

„Bonae fidei possessor, nisi fructus ceperit, non restituit: quos vero suo nomine percepit, suos facit, licet ex olivis et uvis nondum oleum aut vinum factum sit.“

— Labeo

Fr. 79. D. h. t.

„Si hominem à me petieris, et is post litem contestatam mortuus sit, fructus, quoad is vixerit, aestimari oportet. Paulus: ita id verum esse puto, si non prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operae ejus inutiles factae sunt: nam, ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus ejus temporis nomine aestimari conveniret.“ — Diese Stelle, besonders die Be-

merkung des Paulus, hat wohl keinen andern Sinn als den: daß auch der malae fidei possessor solche Früchte, welche er selbst gar nicht beziehen konnte, nicht zu ersetzen habe, und insofern gehört sie eigentlich als Nachsatz zu dem Fr. 62. §. 1. (oben S. 775) Furius Anthianus

Fr. 80. D. h. t.

„In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri: transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit" — Hier entsteht nun aber die Frage: Welche Wirkungen hatte diese possessio? Ich kann kaum bezweifeln, daß in einem solchen Falle nicht wie bey der — wegen verweigerter cautio damni infecti — ein secundum decretum nothwendig war, sondern daß nach erfolgter immissio sogleich eine possessio jure dominii Statt hatte, wie sich Ulpian

Fr. 15. §. 33. D. de damno infecto. (39, 2.)

oder richtiger Paulus

Fr. 5. pr. D. ej. tit.

ausdrückt: „ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium capere possit." — Darüber aber: ob der Beklagte, welcher die possessionem verloren hatte, nachher und noch während der Usucapionsfrist, die rei vindicatio anstellen könne, wodurch er also die frühere Rolle des Beklagten mit der des Klägers vertauschte, herrschten verschiedene Ansichten; diese verschiedenen Ansichten bewogen den Justinian in der

Nov. 18. cap. 10.

eine authentische Entscheidung zu geben, und diese possessio in eine reine possessio zu verwandeln. Immer stand es daher auch nach dieser letzteren dem Beklagten frey, gegen den früheren Kläger mit einer Klage aufzutreten, insofern derselben, wenn sie die rei vindicatio war, nicht Usucapion entgegenstand. Denn usucapionsfähig war der possessor wohl auch nach Justinian's authentischer Entscheidung, welcher ich hier eine Stelle einräumen muß:

„Κακεῖνο δὲ στασιασθὲν ἐν δικαστηρίοις, οἰόμεθα χρῆναι κάλλιον ἢπερ ἅπαντες οἱ πρὸ

„Illud quoque in judiciis arbitramur oportere melius, quam omnes ante nos deter-

πρὸ

ἡμῶν διαρθρῶσαί τε καὶ τάξαι. εἰ γάρ τις ἐγκαλλοίτο πράγματα κατέχειν ἑτέρου, φάσκοι δὲ οὐκ εἶναι τὰ πράγματα ἐκείνου, περὶ οὗ φησὶν ὁ διώκων, ἀναγκασθείη δὲ ὁ ἀγωγὴν ποιούμενος, ἢ συμβολαίοις, ἢ μάρτυσιν, ἢ ἑτέροις πόνοις χρήσασθαι πρὸς τὸ δειχθῆναι τὰ πράγματα ἐκείνου κατεσθάναι, εἶτα ὕστερον ὁ μέχρι παντὸς διαρνηθεὶς ἐκείνου ταῦτα μὴ γενέσθαι, χρῆσθαι βουληθείη τοῖς ἐξ ἐκείνου δικαίοις, καὶ φάσκοι ὡς ἐξ ὑποθηκῶν ἢ ἑτέρων αἰτιῶν εἰς ἐκεῖνο τὸ πρόσωπον ἀναφερομένων, κυριώτερος ἐστὶ τοῦ τὴν δίκην κινοῦντος· αἱ μὲν ἄλλαι πᾶσαι σχολαζέτωσαν γνῶμαι, αἱ τοῖς πρὸ ἡμῶν παραστᾶσαι, μετρία δέ τις καὶ φιλάνθρωπος, καὶ αὐτοῦ τοῦ πράγματος ἐστοχασμένη ποινὴ τοῖς ἀρνηθεῖσιν ἐπαγέσθω. ὑπὲρ γὰρ τῆς περὶ ταῦτα ἀρνήσεως, καὶ τῶν τοῦ διώκοντος πόνων, καὶ λεγομένης ἔτι τῆς δίκης, ἐπὶ τὸν διώκοντα μετατιθέσθω τῶν πραγμάτων, περὶ ὧν ἡ ζήτησις γέγονεν, ἡ νομή. ἄδειαν ἔχοντος τοῦ ταύτην ἀποδιδόντος, εἴ τινα δίκαια ἔχοι, ἐξ ἐκείνου τοῦ προσώπου, περὶ οὗ πρότερον τὴν ἄρνησιν ὑπέμεινε, προσήκοντα αὐτῷ ταῦτα προτιθέναι, καὶ τοῦ νόμου καὶ τοῦ δικαίου τυγχάνειν, τῆς ποινῆς ἐν μόνῃ τῇ μεταστάσει τῆς νομῆς περιϊσταμένης. Ταῦτα ἡμῖν ὑπέρ τε διαδοχῶν καὶ συνεισφορῶν καὶ νεμήσεων, καὶ τῆς τῶν δικαζο-

minare, et constituere. Si quis enim conventus fuerit res habere alterius: ille vero dicat res non esse illius de quo dicit actor, et cogatur qui actionem infert, aut documentis, aut testibus, aut aliis uti laboribus, ut ostendat res illius esse: postea vero is qui semper abnegaverat illius hoc non fuisse, uti voluerit illius jure, et dicere quia ex hypotheca aut aliis causis in illam personam relatis, propinquior est, quam ille qui causam movet: aliae quidem sententiae vacent, quae prioribus nostris placuerunt: mediocris autem quaedam, et clemens, et ipsi causae conveniens poena abnegantibus inferatur: pro abnegatione namque circa hoc, et actoris laboribus dum adhuc causa dicitur, ad actorem transferatur rerum, de quibus est quaestio facta, possessio: licentiam habente eo qui hanc reddet, si qua jura habeat ex illa persona, de qua prius negationem passus est, competentia sibi haec proponere, et legum justitiam promereri, poena in sola translatione possessionis constituta. Haec à nobis pro successionibus, et collationibus, et distributionibus, et litigantium cautela, et ut

μένων ἀσφαλείας, καὶ τοῦ τὰ τῶν δικῶν ἐλαττῶσαι πλήθη, καὶ ἐξηύρηται καὶ νενομοθέτηται, καὶ ἐκ τοῦ λοιποῦ χρόνου κρατήσει· ὅπως ἂν καὶ τὰς διαδοχὰς εἰδοῖεν, καὶ τὰς συνεισφορὰς μὴ ἀγνοῖεν, καὶ περὶ τὰς νεμήσεις μὴ στασιάζοιεν· καὶ μήτε προχείρως ταῖς τῶν οἰκείων γραμμάτων ἐπιπηδοῖεν ἀρνήσεσιν οἱ πονηρεύεσθαι βουλόμενοι, μήτε τὰς ἀριθμήσεις ἐξαρνοῖντο, μήτε ὕστερον ἴσως καταβολαῖς χρῷντο, μήτε τὰ ἐξ ὧν κατέχουσι τὰ πράγματα διαρνοῖντο προσώπων, ἀλλὰ μέτριοί τε καὶ ἐπιεικεῖς καὶ ἀληθεῖς ἐκ τῶν πραγμάτων φαινόμενοι, μετρίας ἀπολαύοιεν καὶ τῆς δίκης."

multitudo litium minuatur, et inventa sunt, et sancita: et de cetero tenebunt: quatenus et successiones agnoscant, et collationes non ignorent: sed circa distributiones non resultent, et neque petulantes suarum literarum abnegationibus insiliant malignari volentes, neque annumerationes abnegent, neque postea forsan solutionibus utantur, neque res ex quibus detinent, obnegent personis, sed mediocri etiam potiantur judicio."

Der Ordnung nach muß ich nun zur Erläuterung der einzelnen Fragmente des Titels „de Publiciana in rem actione" übergehen Ulpian

Fr. 1. D. h. t.

„Ait Praetor: si quis id, quod traditur ex justa causa non à domino et nondum usucaptum petet: judicium dabo. §. 1. Merito Praetor ait, nondum usucaptum: nam, si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. §. 2. Sed cur traditionis duntaxat, et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nanciscerétur? utputa legatum." — Merkwürdig und richtig iſt auch die Erklärung des Harmenopulus in ſeinem

Πρόχειρον νόμον. — Manuale Legum. L. II. tit. 1. §. 58. (in Tom. Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 110.)

„Πουβλικιάνη ἐστὶν ἡ ἀναλουμένη τὴν νομὴν τῷ μήπω διὰ κυριότητα δεσπόσαντι καλῇ πίστει νομεῖ."

„Publiciana est, quae revocat possessionem bonae fidei possessori, qui nondum absolutus est dominus."

Daß die Worte des Proëmiums „non à domino" in der urſprünglichen Stelle Ulpian's nicht geſtanden haben

können, und erst ein späteres Einschiebsel der Redactoren der Digesten seyen, habe ich bereits oben in der Einleitung (S. 491—493) bemerkt, daß aber dieses Einschiebsel ein für ihre Zeit ganz richtiges war, wird man ebendaselbst finden. Auch habe ich dort gezeigt, daß die actio Publiciana eigentlich auf einer Fiction beruhte. In dem §. 1. bezeichnet sodann Ulpian den wesentlichen Unterschied zwischen der rei vindicatio und der actio Publiciana ganz richtig. Was sodann den §. 2. betrifft, so kann wohl dieser keinen andern Sinn als den haben: Man dürfe sich nicht daran stoßen, daß der Prätor nur der traditio als modus acquirendi hier erwähnt habe, da es doch Fälle gebe, in welchen das Eigenthumsrecht auch ohne traditio, d. h. ipso jure übergehe, nur konnte sich Ulpian hier wieder nicht des Worts legatum ganz allgemein bedienen. Denn wie wir schon früher aus Ulpian's

Fragm. tit. 24. §§. 1—7.

wußten, und jetzt aus Gajus Commentarien noch bestimmter wissen, so gieng nur das Eigenthum des legati per vindicationem

L. II. §§. 193 u. 194.

und in gewissen Fällen des legati per praeceptionem

§§. 221. u. 222.

keineswegs aber des legati per damnationem

§. 204.

und sinendi modo

§. 213.

unmittelbar auf den Legatar über. Ulpian also konnte hier bloß die legata per vindicationem und vielleicht auch die per praeceptionem genannt haben, ganz richtig aber haben die Redactoren der Digesten diesen beschränkenden Zusatz weggelassen, nachdem Justinian in der

Const. 1. C. Comm de leg. (6, 43.)

wozu auch

§. 2. I. de leg. (2, 20.)

und die Paraphrase des Theophilus

(Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 435—438.)

sodann

§. 7. I. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

und hiezu die gedachte Paraphrase

l. s. c. p. 712 u. 713.

zu vergleichen sind, alle Legate in dieser Beziehung einander gleichgestellt hat, worüber an den geeigneten Orten das Nähere. Paulus

Fr. 2. D. h. t.

„Vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.“ — Ob Paulus sich der Worte „quia — capiuntur“ bedient habe? kann ich wieder füglich dahin gestellt seyn lassen. Jedenfalls bestand zu Paulus Zeiten hierüber eine gewaltige Controverse, welche erst durch Justinian's

Const. 4. C. de donat. causa mortis. (8, 57.)

wozu auch

§. 1. I. de mortis causa donat. (2, 7.)

und die gedachte Paraphrase

l. s. c. p. 297 u. 298.

zu vergleichen sind, und zwar für die Gleichstellung der Schenkungen von Todes wegen mit den Legaten entschieden wurde. Auch hierüber am geeigneten Orte das Nähere. Ulpian

Fr. 3. D. h. t.

„Sunt et aliae pleraeque. §. 1. Ait Praetor, ex justa causa petet, qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana. Et non solum emtori bonae fidei competit Publiciana: sed et aliis: utputa ei, cui dotis nomine tradita res est, necdum usucapta: est enim justissima causa, sive aestimata res in dotem data sit, sive non. Item si res ex causa judicati sit tradita.“ — Aus den Worten „ex justa causa“ ersehen wir, daß die actio Publiciana, welche ja, wie bereits oben (S. 491—493) gezeigt worden, nur auf der Fiction, daß die usucapio bereits vollendet sey, beruht, folgerecht auch alle wesentliche Bedingungen der usucapio voraussetzt. Ueber die justas causas oder justos titulos aber muß ich mich auf meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 58—65. S. 106—126.

beziehen. Nun könnte es zwar allerdings auffallend erscheinen, wenn Ulpian hier bemerkt, daß auch dann, wenn die Sache ex causa judicati tradita sey, nur die Publiciana

und nicht die rei vindicatio Platz greife, denn man sollte doch denken, daß wenn der Richter Jemand eine Sache zugesprochen habe, dieser nun auch Eigenthümer der Sache sey. Dieß verschwindet aber, wenn man erwägt, daß das Urtheil das Parthien-Verhältniß nicht überschreitet, somit auch nicht gegen einen Dritten wirken kann, auch das Judicat den modis acquirendi nirgends beygezählt ist. Auch gehört die causa judicati, wenn der Eigenthümer die Sache vindicirt hat, der beklagte Besitzer aber von der Klage entbunden wurde, nicht zu den titulis acquirendi, sondern sie gibt, wie Julian

Fr. 24. D. de except. rei jud. (44, 2.)

bemerkt: „Si quis rem à non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit, et à domino petierit: adversus exceptionem, si non ejus sit res, replicatione hac adjuvabitur, at si res judicata non sit“ — dem Letzteren, wenn er gegen den Eigenthümer Klage zu erheben aus dem Grund genöthigt ist, weil er den Besitz verloren, und der Eigenthümer solchen erlangt hat, nur eine Replik an die Hand. Paulus

Fr. 4. D. h. t

„Vel solvendi causa.“ — Hiemit ist auch die Stelle Hermogenian's

Fr. 46. D. de usurp. et usucap. (41, 3.)

„Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum, hoc titulo usucapi potest“ — zu vergleichen. Ulpian's

Fr. 5. D. h. t.

„Vel ex causa noxae deditionis: sive vera causa sit, sive falsa“ — und Paulus

Fr. 6. D. h. t.

„Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu Praetoris duxero, et amisero possessionem: competit mihi Publiciana“ — beziehen sich auf die Noxalklagen, von welchen bey dem 4ten Titel des 9ten Buchs die Rede seyn wird. Ulpian's

Fr. 7. D. h. t.

muß ich nach seinen verschiedenen Abschnitten erläutern: Pr. „Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit.“ — Ulpian

Fr. 19, 16.

„Adjudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes: et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si judex uni ex heredibus, aut sociis, aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi, sive nec mancipi sit.“ Auch ſagt Juſtinian in dem

§. 7. I. de offic. jud. (4, 17.)

„Quod autem istis (nehmlich den oben von Ulpian ſchon genannten) judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.“ Man ſollte nun wohl glauben, daß, da durch die adjudicatio Eigenthumsrecht erworben werde, hier die rei vindicatio und nicht bloß die Publiciana Platz greife. Allein Ulpian wollte bloß das ſagen, daß es unter den coheredibus, sociis und vicinis keiner mancipatio, oder in jure cessio bey rebus mancipi, und keiner traditio bey rebus nec mancipi bedürfe, und Juſtinian, daß es keiner traditio bedürfe, um Eigenthumsrecht zu erwerben, daß vielmehr die adjudicatio gleich der frühern Mancipation und der Tradition ſelbſt ein modus adquirendi dominium ſey, worüber er ſich auch

l. s. c. §. 2.

„Singularum rerum dominia nobis acquiruntur, mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, *adjudicatione*, lege“ — ausſpricht. Den dritten wahren Eigenthümer der Sache hatten weder Ulpian noch Juſtinian im Auge; ſondern nur die coheredes, socios et vicinos. Gegenüber von dem dritten Eigenthümer aber konnte derjenige, der durch adjudicatio die Sache erworben hatte, nur durch usucapio Eigenthumsrecht erwerben, und ſo lange dieß noch nicht geſchehen war, konnte er ſich auch nicht der rei vindicatio, ſondern bloß der Publiciana bedienen.

§. 1. „Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni, et ait Julianus libro vigesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.“ — Als Parallelſtellen kommen in Betracht Julian's

Fr. 22. D. de rer. amot. act. (25, 2.)

„Qui litis aestimationem suffert, emtoris loco habendus est.“ Gajus

Fr. 1. D. pro emtore. (41, 4.)

„Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.“ Ulpian

Fr. 3. D. ej. tit.

„Litis aestimatio est similis emtioni.“ — Einmal ergibt sich nun schon aus diesen Stellen, daß die Bezahlung der litis aestimatio kein modus, sondern ein titulus adquirendi war, was aus ihrer Gleichstellung mit der emtio, welche ja gleichfalls nur ein titulus adquirendi ist, ganz klar erhellt, wie ich auch schon bey dem Fr. 46. u. 47. des vorigen Titels (oben S. 563) bemerkt habe. Sodann aber muß ich hier, was ich gleichfalls a. o. a. O. bemerkt habe, wieder darauf aufmerksam machen, daß derjenige, welcher sich dolose der Sache entäußert hat, durch die Bezahlung der litis aestimatio keineswegs die actio Publiciana erwerbe, denn Pomponius sagt

Fr. 70. D. de rei vind. (6, 1.)

ausdrücklich von einem solchen: „Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit“ — und wenn ihm nun schon die quasi, d. h. wohl die utilis Publiciana abgesprochen wird, so kann von der directa gar keine Rede seyn. Gleich wie aber von der usucapio auf die actio Publiciana, so kann auch ohne Zweifel, und da die Publiciana sich ja ganz auf die Fiction, daß die Sache als bereits usucapirt zu betrachten sey, basirt, von dieser auf die usucapio geschlossen werden, und hieraus folgt, daß ein solcher, wenn die Sache nachher in seinen Besitz gekommen ist, sie auch nicht usucapiren könne, denn auch hierauf paßt dann der Grund, welchen Pomponius in dem o. a. Fr. 70. für die Nichtanwendbarkeit der Publiciana anführt: „ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparere.“ Unsere Stelle nebst ihren Parallelstellen ist also lediglich auf den Fall zu beschränken, wenn der possessor die litis aestimatio aus dem Grunde bezahlen mußte, weil ihm die Sache durch ein bloßes Versehen abhanden gekommen war.

§. 2. „Marcellus libro decimo septimo Digest. scribit: eum, qui à furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere, ergo et Publicianam habebit.“ — Als Parallelstelle habe ich hier Paulus

Fr. 13. §. 1. D. de usurp. et usucap. (41, 3.)

„Eum, qui à furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est“ — und deſſen

Fr. 2. §. 16. D. de pro emt. (41, 4.)

anzuführen: „Si à furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse.“ — Hierüber bitte ich auch meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §. 57. S. 97 u. 98.

zu vergleichen. Der Grund nehmlich, warum hier usucapio und Publiciana Statt findet, liegt darin, weil der Erwerber in einem thatſächlichen Irrthum befangen iſt. Bedenklich ſcheint es freilich, wenn Paulus dem erſteren Fragmente die Bemerkung beifügt: „quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.“ — In den Baſilicen

L. L. tit 4. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. VI. p. 610.)

iſt die Stelle „nec Publiciana actio competit“ ausgelaſſen, aber in der That nur durch die Schuld Fabrott's; ſehr wahrſcheinlich ließ ſich dieſer durch den Harmenopulus und die Bemerkungen des Cujace in ſeinem Commentar zu dieſer Stelle hiezu verleiten. In der Reitziſchen vollſtändigeren Ausgabe dieſes Titels der Baſilicen

Fr. 2 §. 16. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 59.)

aber findet ſich der Beiſatz: „οὐκ ἔχει δὲ ἀγωγὴν περὶ ἐννικήσεως, οὐδὲ πουβλικιανὴν“ — „sed actionem de evictione non habet, neque Publicianam.“ Ja ſelbſt Cujace mußte in ſeinen

Observ. L. XVI. cap. 29.

eingeſtehen, daß dieſer Beiſatz ſich wirklich in den Baſilicen finde. Fateor — ſagt er — quod non habet Harmenopulus, Basilica habere L. 50. tit. 4. In Harmenopulus

Πρόχειρον νόμων. Manuale legum. L. III. tit. 3. §. 93. (in Tomo Supplem. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 178.)

finden ſich auch wirklich die Worte: „οὐδὲ Πουβλικιανὴν“ nicht. Der Verſuch alſo, die Worte „nec Publiciana

competit“ zu entfernen, möchte immer als ein vergeblicher erscheinen. Allein es schadet auch nichts, wenn sie stehen bleiben, wenn gleich die correctorische Hand der Redactoren der Digesten sie nicht hätte stehen lassen sollen. Offenbar hatte nehmlich Paulus eine ganz andere Publiciana als Ulpian im Auge. Ich habe nehmlich bereits in der Einleitung (S. 490) bemerkt, daß wie die usucapio, so auch die auf der Fiction der usucapio beruhende Publiciana sich in einer gedoppelten Richtung, nehmlich einmal in der Richtung gegen die mangelnde Form der mancipatio oder in jure cessio, sodann aber auch in der Richtung gegen jeden Dritten denken ließ. In der ersteren Beziehung konnte weder usucapio noch Publiciana Statt finden, denn da der furiosus weder mancipiren, noch in jure cediren konnte, so war auch die Fiction, daß er mancipirt oder in jure cedirt habe, nicht denkbar. Gegen ihn konnte also der Käufer die Publicianam keineswegs anstellen, auch konnte er sich, wenn etwa der Curator des furiosi die traditte Sache vindicirte, der exceptio rei venditae et traditae nicht bedienen. Aber usucapiren gegen jeden Dritten konnte er die Sache doch, und in Beziehung auf die nachgebildete Usucapion stand ihm auch die Publiciana zu. Allerdings hätten nun schon die Redactoren der Digesten diese sich auf die ursprüngliche, zu ihrer Zeit schon erloschene Usucapion beziehenden Worte des Paulus weglassen sollen, und absichtlich hat sie wohl auch Harmenopulus weggelassen. Merkwürdig ist allerdings, daß schon Accursius, welchem das hellere Licht des Gajus in Beziehung auf die Usucapion nicht leuchtete: doch den Satz aufstellte: „emtor Publicianam habet contra extraneum, non habet contra furiosum“, einen Satz, welchen auch Galvan in seinen

De usufructu Diss. variae. cap. 35. Tub. 1788. p. 514—517.

richtig ausgeführt hat. §. 3. Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim justus possessor, et petitor, qui liberalitatem accepit.“ — Der hier vorgetragene Satz versteht sich wohl wohl von selbst, gibt es doch einen eigenen Titel

pro donato. D. (41, 6.)

§. 4. Si à minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam. — Als Parallelstelle führe ich hier an des Paulus

Fr. 2. §. 15. D. pro emt. (41, 4.)

„Si à pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem: dicimus usucapionem sequi: ut hic plus sit in re, quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu: quia juris error nulli prodest.“ — Uebrigens wird hier offenbar ein minor, welcher einen Curator hatte und ohne dessen Einwilligung das Rechtsgeschäft eingieng, vorausgesetzt, denn hatte der minor (worunter natürlich nur Einer vom zurückgelegten 14ten bis zum 25sten Jahre zu verstehen ist) keinen Curator, so war ja das Rechtsgeschäft an und für sich gültig, wie ich oben S. 147 ff. gezeigt habe. §. 5. „Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.“ — Der einfache Grund hiefür liegt wohl darin, weil man nach Paulus

Fr. 2. D. de rer. permut. (19, 4.)

„Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emtioni, etc. — und seinem Gewährsmann Aristo die permutatio in ihrer Eigenschaft als titulus adquirendi betrachtete, „similis est emtioni.“ — §. 6. Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicit.“ — Dieser §. hat wohl keinen andern Sinn als den, wie man sich heutiges Tages ausdrücken würde: die Publiciana ist keine possessorische, sondern eine petitorische Klage. — §. 7. „Si petenti mihi rem, jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat. Ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse: adversus eum solum petentem exceptione utetur, non, ut et habeat actionem.“ — Als Parallelstellen muß ich hier anführen Ulpian's

Fr. 9. §. 7. D. de jurejur. (12, 2.)

„Si petitor juravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio. Sed hoc dumtaxat adversus eum,

qui jusjurandum detulit, eosque, qui in ejus locum successerunt. Caeterum adversus alium si velit praerogativa jurisjurandi uti, nihil ei proderit.“ — Paulus

Fr. 10. D. ej. tit.

„Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum esset.“ — Ulpian's

Fr. 11. pr. et §. 1. D. ej. tit.

„Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse: quamdiu quidem possidet, adversus eum, qui detulit jusjurandum, si petat, exceptione jurisjurandi utetur: si vero amiserit possessionem, actionem non habebit: ne quidem si is possideat, qui ei, jusjurandum detulit. Non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse. §. 1. Proinde si, cum possideret, et deferente petitore rem suam juravit: consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit jusjurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam esse juravi, restitui mihi placuit. Sed et partum editum, foetusque pecorum restituendos constat post jusjurandum delatum.“ — Der Faſſung wegen muß ich hier auch die betreffende Steile der Baſilicen

L. XV. tit. 2. Fr. 7. §. 7. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 224.)

anführen:

„Ἐὰν ἐνήγαγόν σοι περὶ πράγματος, καὶ ἐξ ἐπαγωγῆς σου ὤμοσα τὸ πράγμα εἶναι ἐμὸν, κατὰ σοῦ μόνου τὴν πουβλικιανὴν ἔχω· μόνῳ γὰρ τῷ ἐπαγαγόντι ὁ ὅρκος ἀντίκειται. εἰ δὲ σὺ ὤμοσας μὴ εἶναι αὐτὸ ἐμὸν, ἀγωγὴν μὲν οὐκ ἔχεις· παραγράφεις δέ με ἐνάγοντά σοι.“

„Si cum rem à te peterem, te deferente juraverim, rem meam esse, adversus te duntaxat Publicianam habeo: ei enim soli nocet jusjurandum, qui detulit. Si vero juraveris rem meam non esse, actionem quidem non habes, sed me petentem exceptione summovebis.“

Vor allen Dingen müſſen wir hier vorausſetzen, daß unſer §. von einem ſolchen handelt, welcher nicht uſucapionsfähig iſt, und ſich ſomit auch nicht der Publiciana bedienen kann. Iſt nun einem ſolchen von ſeinem Gegner der Eid, „rem suam esse“, daß nehmlich die Sache ſein

Eigenthum sey, zugeschoben worden, und hat er ihn wirklich abgeschworen, so kann er sich zwar gegenüber von diesem Gegner, wenn solcher nachher gegen seinen Willen den Besitz der Sache erhalten würde, der Publiciana bedienen, aber nur gegenüber von diesem, weil der Eid kein titulus acquirendi ist, und somit hieraus noch keine justa causa, kein Usucapions-Besitz folgt. Hatte aber der petitor dem possessor den Eid nur darüber zugeschoben, „rem petitoris non esse", daß die Sache nicht Eigenthum des Petitors sey, so stand dem possessor, wenn er nachher den Besitz verloren, und der petitor denselben erlangt hatte, die actio Publiciana nicht zu, sondern bloß in dem Fall, wenn er von dem petitor wieder belangt worden wäre, die exceptio jurisjurandi. Uebrigens kann ich der Ansicht Ulpian's, daß die dem Schwörenden im ersten Falle zustehende Klage die actio Publiciana sey, nicht beistimmen, denn es fehlen ja im vorliegenden Falle alle wesentlichen Bedingungen, auch nennt sie Ulpian selbst in dem oben S. 601 abgedruckten Fr. 11. §. 1. de jurejur. weit richtiger eine actio in factum.

§. 8. In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus." — Diese Regel ist auch um so richtiger, da ja die rei vindicatio sowohl als die actio Publiciana auf der Usucapion beruhen. — §. 9. Haec actio et heredi, et in honorariis successoribus competit." — Daß unter den honorariis successoribus nur die praetorii successores, wie sie die Basilicen

ad h. l. Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 224.

„διάδοχοι πραιτωρίοι" nennen, oder noch deutlicher die bonorum possessores zu verstehen seyen, wird wohl kaum einer Bemerkung bedürfen. — §. 10. Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. Idem est, et si procurator meus, vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit." — Dieser Satz ist allerdings richtig, wenn man die Worte: „sciente me", welche sich auch Ulpian allen Umständen nach hiebey dachte, hinzusetzt, denn würde man die Worte „nesciente me" beisetzen, so wären sie nach Paulus

Fr. 47. D. de usurp. et usuc. (41, 3.)

wenigſtens in Beziehung auf den procurator und negotiorum gestor unrichtig. „Si emtam rem mihi procurator ignorante me, meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam: quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.“ — §. 11. Praetor ait, qui bona fide emit. Non igitur omnis emtio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet, proinde hoc sufficit, me bonae fidei emtorem fuisse, quamvis non à domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.“ — Zu den Worten von „neque“ bis zum Ende muß ich mich hier auf den I. Band S. 554—562, und namentlich auf das dort S. 560 u. 561 abgedruckte Fr. 4. §§. 27—31. D. de doli mali et metus except. (44, 4.) berufen.

§. 12. In hac actione non oberit mihi, si successor sum, et dolo feci, cum is, in cujus locum successi, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emtor, cui successi, dolo fecisset.“ — Man kann die fragliche Stelle auf einen successor universalis und singularis beziehen, Ulpian ſcheint ſie auf letzteren bezogen zu haben. Für das Erſtere haben ſich die Scholien der Baſilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 229.

entſchieden:

„Οἷον Πέτρῳ τινὶ δόλον ἐποίησα, καὶ ἔπεισα αὐτὸν πωλῆσαι τὸ πρᾶγμα, καὶ παραδοῦναι ἀγνοοῦντι τῷ Παύλῳ, ὅτι ἀφῆλιξ ἦν. καὶ μετὰ ταῦτα Παῦλος ἐτελεύτησεν ἐπ' ἐμοὶ κληρονόμῳ. οὐκ ἐμποδίζομαι κινεῖν τὴν πουβλικιανὴν, εἰ καὶ διάδοχός εἰμι τοῦ κατὰ δόλον ἐμὸν ὠνησαμένου τὸ πρᾶγμα, μόνον εἰ Παῦλος, ὃν διεδεξάμην ἐγὼ, καλῇ πίστει τοῦτο ἠγόρασεν. εἰ δὲ Παῦλος τὸν δόλον ἐποίησεν, ἐγὼ δὲ πάντως ἐστέρημαι δόλου, οὐ δύναμαι κινεῖν τὴν πουβλικιανὴν.“

„Verbi gratia, dolo feci, et Petro persuasi, ut rem venderet, eamque traderet Paulo ignoranti me minorem esse. Deinde Paulus decessit, me herede relicto. Publiciana agere possum: quamvis successor sim ejus, qui dolo meo rem emit, si modo Paulus, cui ego successi, eam bona fide emerit. Si vero Paulus dolo fecerit, ego autem prorsus dolo carcam, Publiciana agere non possum.“

— und nimmt man dieses an, so stimmen auch Paulus und Papinian mit der vorliegenden Stelle überein. Paulus

Fr. 2. §. 19. D. de usup. et usuc. (41, 3.)

„Si defunctus bona fide emit, usucapietur res, quamvis heres sciat alienam esse.“ — Papinian

Fr. 11. D. de div. temp. praescript. (44, 3.)

„Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit etc., usucapere non poterit, quod defunctus non poterit.“ — Daß sie aber auch auf den singularis bezogen werden könne, darüber bitte ich meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 78. S. 168—170.

zu vergleichen. — §. 13. Sed enim, si servus meus emit: dolus ejus erit spectandus, non meus: vel contra.“ — Die Basilicen

L. XV. tit. 2. Fr. 7. §. 13. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 225.)

geben diese Stelle auf folgende Weise:

„Καὶ δοῦλος ἐὰν ἀγοράσῃ, ὁ δόλος αὐτοῦ σκοπεῖται, οὐ μὴν τοῦ δεσπότου, καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου.“	„Sed et si servus emit, dolus ejus spectatur, non etiam domini, et contra.“

Uebrigens kann diese Stelle auch auf Mandatarien angewendet werden. Nur bleibe man auf dem Gebiet der usucapio und der actio Publiciana stehen, denn bey Contraktsklagen verhält sich die Sache anders. Hier kann ich mich jedoch bloß auf Pomponius

Fr. 12. u. 13. D. de contrah. emt. (18, 1.)

und African's

Fr. 51. D. aedil. edicto (11, 1.)

berufen. Das Nähere an den geeigneten Orten.

§. 14. Publiciana tempus emtionis continet, et ideo neque quod ante emtionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur. §. 15. Bonam autem fidem solius emtoris continet. §. 16. Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere: ut et bona fide quis emerit, et ei res emta, eo nomine sit tradita. Caeterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana

non poterit. §. 17. Julianus libro septimo Digestorum scripsit: traditionem rei emtae oportere bona fide fieri. Ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse: quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri: sed oportere et nunc bona fide emtorem esse.“ — Was dieſe §§. betrifft, ſo habe ich mich lediglich auf meine o. a. Schrift

§. 57. S. 97—105.

zu beziehen. Gajus

Fr. 8. D. h. t.

„De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest conjectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur: an solutum sit pretium?“ — Dieſes Fragment iſt ohne ſeine Vorderſätze gar nicht verſtändlich. Es belehrt uns nehmlich der

§. 41. I. de rer. div. (2, 1.)

„Venditae vero res et traditae, non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato, quod, quamquam cavetur ex lege XII. tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emtoris fieri“ (wozu ich noch mehrere Parallelſtellen anführen könnte, was ich aber auf die Lehre vom Kaufvertrage erſparen will), daß das Eigenthumsrecht einer gekauften Sache nur dann von dem Verkäufer auf den Käufer übertragen werde, wenn der Kaufſchilling bezahlt, oder dem Verkäufer dafür Sicherheit geleiſtet ſey, oder endlich der Verkäufer dem Käufer den Kaufſchilling angeborgt habe. Sicherlich war dieß ein alter Ueberreſt von der Mancipation, bey welcher ja immer, und auch nachdem ſie zu einer bloßen Form herabgeſunken war, eine wenigſtens imaginäre Zahlung Statt fand, worüber auch S. 315 ff. und

meine o. a. Schrift §. 7. S. 7—9.

zu vergleichen ſind. Gajus hat ſich nun die Frage geſtellt: ob die Publiciana auch in dem Falle Statt finde, wenn der nicht angeborgte Kaufſchilling der tradirten Sache

nicht bezahlt, und auch nicht hiefür Sicherheit geleistet worden sey, da ja die Tradition in einem solchen Falle nicht Eigenthumsrecht bewirke? und hierauf erwiedert er, daß, da der Prätor in seinem Edict der Bezahlung des Kaufschillings nicht erwähne, die traditio, wenn sie gleich gegenüber von dem Verkäufer kein Eigenthumsrecht begründe, dennoch zur Anstellung der Publiciana berechtige, woraus von selbst folgt, daß sie auch die usucapio, ohne welche ja die Publiciana gar nicht denkbar wäre, begründe. Ulpian

Fr. 9. pr. D. h. t.

„Sive autem emtori res tradita est, sive heredi emtoris, Publiciana competit actio.“ — Nur vergesse man nicht die in dem §. 12. des vorigen Fragments (o. S. 603) ausgedrückte Regel. — §. 1. „Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam: pro tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit.“ §. 2. „Sed et si praecessit traditio emtionem, idem erit dicendum.“ — In diesen §§. ist wieder nur von einer ficta traditio die Rede, und ich muß mich hier auf die Bemerkungen zum Fr. 46. (oben S. 562) des vorigen Titels beziehen. Als Parallelstelle führe ich noch des Gajus

Fr. 9. §§. 5. u. 6. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

an: §. 5. Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam. Veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud de deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio. §. 6. Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem“ — aus welchen auch der

§. 44. I. de rer. div. (2, 1.)

mit ganz unbedeutenden Abänderungen entnommen ist. — §. 3. „Item si hereditatem emero, et traditam mihi rem hereditariam petere velim: Neratius esse scribit Publicianam“ — bedarf wohl keiner weitern Erläuterung. Zum §. 4. Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus; videamus: quis magis Publiciana uti possit,

utrum

utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus libro VII. Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quod si à diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est" — habe ich mich auf die Bemerkungen zum Fr. 50. des vorigen Titels (oben S. 566 ff.) zu beziehen. — §. 5. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habet." — Hierüber beziehe ich mich auf

meine o. a. Schrift §§. 48—54. S. 68—94.

Der §. 6. aber „Si servus hereditarius ante aditam hereditatem, aliquam rem emerit, et traditam sibi possessionem amiserit: recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset: municipes quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt conditione" — so wie Paulus

Fr. 10. D. h. t.

„Sive peculiari nomine servus emerit, sive non" — werden wohl keiner Erläuterung bedürfen. Ulpian

Fr. 11. pr. u. §. 1. D. h. t.

„Si ego emi, et mea voluntate alii res sit tradita: Imperator Severus rescripsit, Publicianam illi dandam." — Auch hier ist wieder von einer ficta traditio, und zwar brevi manu die Rede. §. 1. „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. Item rusticorum: nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat" — Diese Stelle verdient eine genauere Beleuchtung, und um sie geben zu können, muß ich nothwendig Einiges hier voraussetzen. — Früher waren die servitutes rusticae in praediis Italicis im Gegensatze gegen die praedia provincialia res mancipi im vollen Sinne des Worts.

Meine o. a. Schrift §. 10. S. 10.

Dagegen konnten die servitutes urbanae in praediis Italicis, so wie der ususfructus, nur in jure cedirt werden.

a. o. a. O. §§. 11. u. 12. S. 11 u. 12.

Hieraus folgt nun aber, daß derjenige, welcher eine servitutem rusticam in praediis Italicis nicht durch Man-

cipation oder in jure cessio, eine urbanam nicht mittelst letzter erworben hatte, auch nicht die confessorische Klage anstellen konnte; denn so gewiß derjenige, der eine Sache, welche mancipirt oder in jure cedirt werden mußte, nicht auf dem Wege dieses bestimmten modus acquirendi erworben, nicht als dominus Quiritarius derselben angesehen werden konnte, ihm somit auch die rei vindicatio nicht zustand, so gewiß stand auch demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit nur auf irgend eine andere Weise erworben hatte, die actio confessoria nicht zu. Nun ist aber die actio confessoria eine actio in rem, und das Dienstbarkeitsrecht ist anerkanntermaßen ein dingliches Recht. Somit entsteht die Frage: auf welche Weise konnte dieses dingliche Recht erworben werden? war es schon als durch den titulus adquirendi erworben anzusehen, oder bedurfte es zu dessen Erwerbung noch eines modus adquirendi? Doch um das praktische Interesse dieser Frage klarer herauszuheben, will ich dieselbe anders stellen. A. läßt sich von B. gegen Erlegung einer bestimmten Summe Geldes eine Dienstbarkeit bestellen, in dem Augenblicke aber, in welchem A. von dieser Dienstbarkeit Gebrauch machen will, verhindert ihn B. daran. Welche Klage konnte nun der A. anstellen, etwa die confessorische oder bloß die actionem emti? Diese Frage hat in den neuesten Zeiten viel Aufsehen gemacht. Ich will nun vorerst die Quellen, welche sich für die Beantwortung dieser Frage bieten, anführen. Hier kommt zuerst in Betracht Gajus in seinen Commentarien

L. II. §. 31.

„Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut (*in*) jure cessionem recipiunt.“ — Hiezu sind folgende weitere Stellen zu vergleichen. Gajus

Fr. 3. pr. D. de usufr. (7, 1.)

„Omnium praediorum jure legati potest constitui usus-fructus, ut haeres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.“ — Ulpian

Fr. 25. §. 7. D. ej. tit.

„Quod autem diximus, ex re fructuarii, vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem vel alium quemcumque modum? videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri.“

Fr. 27. §. 4. D. ej. tit.

„Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum.“ — Javolen

Fr. 20. D. de servit. (8, 1.)

„Quoties via, aut aliquid jus fundi emeretur: cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.“ — Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. de servit. p. r. (8, 3)

„Traditio plane, et patientia servitutum inducet officium Praetoris.“ — African

Fr. 33. pr. D. ej. tit.

„Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus, et Sejanus: et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Sejanus cederet, invicem partes eorum tradidimus; et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum, aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam, ait: maxime si pacto stipulatio subdita sit.“ — Pomponius

Fr. 3. §. 2. D. de act. emti etc. (19, 1.)

„Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero: vacuae possessionis traditio nulla est, itaque

cavere debes, per te non fieri, quo minus utar. — Paulus

Fr. 12. D. de pign. (20, 1.)

„Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.“ — Ulpian

Fr. 3. §. 8. D. de itinere actuque priv. (43, 19.)

„Sed et si quis usumfructum emit, vel usum, vel cui legatus est, et traditus: uti hoc interdicto poterit.“ — Der Imperator Zeno

Const. 12. §. 1. C. de aedificiis priv. (8, 10.)

„Καὶ ἡμεῖς προστάττομεν, τοὺς τὰς ἰδίας οἰκίας ἀνανεοῦντας, τὸ ἀρχαῖον σχῆμα μηδαμῶς παρεξιέναι, ὥστε μὴ τοὺς οἰκοδομοῦντας ἀφαιρεῖσθαι φῶτα ἢ ἄποψιν τῶν γειτονων, παρὰ τὸ πάλαι κατεστηκὸς· οὐ μὴν προσθήσω ὅτι δήποτε δέοι πρατεῖν οἷον ὁ τῇ οἰκοδομίᾳ χρώμενος δίκαιον ἔχοι, ἰδίᾳ προσῆκον αὐτῷ ἐκ συμφώνου ἢ ἐπερωτήσεως, ἐπιτρέπον ἀμείβειν, εἰ βουληθείη, τὸ παλαιὸν σχῆμα. τότε γὰρ θεσπίζομεν, εἰ σύμφωνον ἢ ἐπερώτησις βοηθοῖ τῷ κτίζοντι, ἐξεῖναι αὐτῷ, κατὰ τὴν δύναμιν τοῦ συμφώνου ἢ τῆς ἐπερωτήσεως οἰκοδομεῖν· εἰ καὶ τοὺς γείτονας οἷς ἐναντιοῦται τὸ σύμφωνον, ἐντεῦθεν βλάπτειν δοκοίη.“

„Et nos itaque praecipimus, ut qui proprias domos renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant, sicut nec hi qui novas aedificant, aut lumen, vel prospectum vicinis auferant, adversus ea quae pridem constituta sunt: verum etiam addimus, quale jus is, qui aedificat, habere debeat, cum facultatem habet ex pacto, vel stipulatione mutandae, si velit, veteris formae. Tunc enim sancimus, ut si pactum vel stipulatio aedificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis aedificare, etiamsi officere vicinis, quibus pactum adversatur, ita aedificando videatur.“

Hierüber iſt auch zu vergleichen Witte

Die Leges restitutae des Juſtinianeiſchen Codex. Breslau 1830. S. 206—208.

§. 4. I. de servit. (2, 3.)

„Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet“ — und hiezu die Paraphrase des Theophilus

(Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 270.)

„Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παραχωρῆσαι δουλείαν, διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων τοῦτο δύναται ποιεῖν· συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν, Ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς, ὁμολογεῖς δι-δόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατόν.“

„Qui autem vicino servitutem vult concedere, per conventiones et stipulationes hoc facere potest. Facta enim conventione de concedenda servitute, rogat, qui eam accepturus est per concessionem: Spondesne manere ac stare concessa servitute? Et si non steteris, spondesne dare mihi poenae nomine centum aureos?“

— Harmenopulus

Πρόχειρον Νόμον. Manuale Legum L. II. tit. 4. §. 117. (in Supplem. Tomo ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 144.)

„Βεβαιοῦνται δὲ αἱ δουλεῖαι ἢ διὰ συμφώνων, ἢ διὰ χρονίας παρατάσεως, ἤγουν δεκαετίας.“

„Constituuntur autem servitutes aut per pacta aut per temporis diuturnitatem sive decennium.“

Die Turiner Gloſſe zu den Inſtitutionen in Savigny, Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter. III. Band. Heidelb. 1822. S. 680. Nro. 104.

„Servitutes tribus modis fiunt: pactionibus, stipulationibus et per testamenta. Pactionibus hoc modo, si quis habens duas domos, et eo pacto donet, ut onera vicini sui suscipiat: stipulationibus ita, ut si quis ita domum vendat, et ab emtore servitutes suscipiat etc.“ — Dieſe Streitfrage wurde in der neueren Zeit vorzüglich durch Schmidlein

Diss. de servitut. per pactum constituendis. Goetting. 1823.

erregt. Hätte nur Schmidlein das „et“ oder „atque“, welches Gajus und der Inſtitutionen-Paragraph zwiſchen das Wort „pactionibus“ und „stipulationibus“ ſetzen, nicht in „vel“ verwandelt, ſo würde er vielleicht auf ein anderes Reſultat gekommen ſeyn. Jedenfalls aber iſt nicht

ganz klar, welche Ansicht dann Schmidlein eigentlich hat, und namentlich finden sich in seiner Schrift

§. 6. p. 110.

und

§. 8. p. 120.

zwey Stellen, welche wohl sehr schwer zu vereinigen seyn dürften. Gegen Schmidlein war zunächst die Abhandlung von Zimmern

Können Servituten durch Vertrag bestellt werden? (im Archiv f. d. civil. Praxis. VII. Bd. Heidelb. 1824. S. 309—334.)

gerichtet, und dieser stellt dann am Schlusse seiner Abhandlung, nachdem er das „vel“ wieder in „et“ verwandelt hatte, und in der vom „pactum“ zu trennenden Stipulation nur eine traditio ficta erblickte,

a. a. O. S. 331 u. 332.

wieder den Satz auf: „Somit ist es denn überall bey positiven und negativen reservirten und concedirten Servituten nie der bloße Vertrag allein und an sich, der die Servituten zu constituiren im Stande wäre.“

S. 334.

die Ansicht Zimmers fand an Michelsen

Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden (im o. a. Archiv. VIII. Band. Heidelberg 1825. S. 362—389.)

einen Gegner, welcher aber einen Mittelweg einschlug, und Schmidlein's und Zimmers Ansicht in folgende dritte, welche er als das Resultat seiner Abhandlung anführt, zu vereinigen suchte: „daß der bloße Vertrag allein und an sich zur Begründung und Erwerbung der Servituten hinreiche, und nur ausnahmsweise die Tradition gefordert werde, sobald die actio confessoria Publiciana nothwendig werde, d. h. wenn die Servitut von einem Nichteigenthümer oder nicht erweislichen Eigenthümer gegeben sey.“ Schmidlein selbst trat nun zum zweitenmal in seiner Abhandlung

Ueber die Errichtung der Servituten durch Vertrag (im a. Archiv. IX. Band. Heidelb. 1826. S. 145—196.)

auf, und suchte seine frühere Ansicht zu vertheidigen; klar ist übrigens besonders aus dem, was er S. 167 u. 168 sagt, daß er sich ganz für die Ansicht Michelsens erklärt hat. Eine ganz eigene, der ersten Ansicht von Schmidlein sich am meisten nähernde führt Franke

Ueber die vertragsmäßige Bestellung der Servituten (in seinen civilist. Abhandlungen. Göttingen 1826. S. 129—173.)

aus. Dieser folgte eine Abhandlung von Hasse

Ueber die Bestellung der Servituten durch simple Verträge und Stipulationen (im Rheinischen Musäum für Jurisprudenz, Philologie ꝛc. I. Band. Bonn 1827. S. 64—128.)

welcher alle bisherigen Ansichten zu vereinigen suchte — Ueber die vier letzten Abhandlungen findet sich eine Recension Schraders in der

Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. I. Bandes 2tes Heft. Tübingen 1826. S. 66—79.

wovon die Note zu den Worten „pactionibus — debet“ unsers Institutionen-Paragraphen in dessen

Imperat. Justin. Institut. L. IV. Berol. 1832. p. 232.

einen gedrängten Auszug enthält. Endlich aber trat Warnkönig

Nachträgliche Bemerkungen über die Streit-Frage: „ob nach Römisch-Justinianeischem Rechte Servituten durch bloßen Vertrag bestellt werden können?“ (im Archiv für die civilist. Praxis. XII. Band. Heidelb. 1829. S. 52—64.)

der Ansicht Schmidlein's in der Hauptsache bey. Nun sey es mir erlaubt, auch meine Ansicht hierüber vorzutragen. Ich gebe gar gerne zu, daß die Römer schon ursprünglich Dienstbarkeiten für etwas ansahen, was an sich noch nicht durch Verträge erworben werden könne, sondern daß durch letztere bloß ein Recht, ein Anspruch auf Dienstbarkeit, keineswegs aber das Dienstbarkeitsrecht selbst entstehe, daß somit wie bey dem dominium und den körperlichen Sachen bloße Verträge nur einen titulum adquirendi, keineswegs aber den modum adquirendi an die Hand geben. Diese Ansicht mag schon früher dazu, daß man gewisse Dienstbarkeiten nur durch Mancipation und in jure cessio erwerben konnte, Veranlassung gegeben haben. Nun kannten freilich die Römer auch solche Dienstbarkeiten, welche weder mancipirt noch in jure cedirt werden konnten; kein Wunder, wenn man diese nachher den rebus corporalibus gleichstellte, und annahm, daß sie wie diese nur durch traditio erworben werden können. Grundsatz aber blieb es auch in Beziehung auf Dienstbarkeiten, daß sie auf dem bloßen Vertragswege nicht erworben werden können, und diesen Grundsatz spricht doch wohl Pau-

Ius, und zwar in einer, dem 2ten Buch seiner Institutionen, folglich einem Werke, in welchem er sich über Grundsätze auszusprechen hatte, entnommenen Stelle:

Fr. 3. pr. D. de O. et A. (44, 7.)

„Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, *aut servitutem nostram* faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum“ — ganz klar aus. Auch mögen uns die unter den Quellen angeführten Stellen belehren, daß die nachherige Jurisprudenz diesen Grundsatz immer festhielt. Allerdings erscheint es auf den ersten Anblick sehr auffallend, wenn Gajus, und zwar auch in einer Stelle seiner Institutionen, im geraden Widerspruch mit einer Stelle aus den Institutionen des Paulus behauptet, daß Dienstbarkeits-Rechte, pactionibus et stipulationibus, erworben werden können, und wenn wir in den in den Quellen angeführten Stellen gleiche Behauptungen finden. Vor allen Dingen will ich hier bemerken, daß das Wort „pactionibus“ durchaus nicht identisch mit „pactis“ ist, sondern daß dasselbe in einem die pacta und contractus umfassenden Sinne, folglich gleichbedeutend mit „conventionibus“ zu nehmen ist. Ich bemerke ferner, daß das die Worte „pactionibus“ und „stipulationibus“ verbindende Wörtchen „et“ in der That alle Rücksicht verdient, denn es verbindet beyde Worte so, daß man nicht behaupten kann, daß Dienstbarkeiten bloß „pactionibus“ oder bloß „stipulationibus“ erworben werden können, sondern pactionibus et stipulationibus. Nun könnte man mir zwar einwenden, es liege doch kein Grund vor, auf die copula „et“ ein so großes Gewicht zu legen, auch sey in der That nicht abzusehen, was denn stipulationes anders als eine Art der pactiones seyen? Ich erwiedere hierauf: daß stipulationes eine Art der pactiones seyen, gebe ich gerne zu, aber hier ist ein großer Unterschied zwischen beyden, denn die pactiones kommen hier bloß in der Richtung auf das obligatorische Verhältniß, die stipulationes dagegen in der Richtung auf die Erwerbung der Sache selbst vor, oder kürzer, die pactiones beziehen sich lediglich auf den titulus, die stipulationes auf den modus adquirendi, oder um mit der Sache selbst hervorzurücken — in den stipulationi-

bus lag die traditio — freilich keine traditio vera, aber eine ficta, und zwar longa manu, und eine solche traditio ficta longa manu finden wir in dem Fr. 47. des vorigen Titels, mit welchem das Fr. 46. (oben S. 562) in einer für die Erklärung beyder unzertrennlichen Verbindung steht, denn dort bezeichnen die Worte „quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri“ in der That nichts anders als die stipulationes des Gajus, oder das „cavere per se non fieri, quo minus eo jure uti possim.“ Durch das obige cavere aber gieng ja auch das Eigenthumsrecht der Sache auf denjenigen, welcher die litis aestimatio geleistet hatte, über, und diese stipulatio kam hier nicht als Vertrag in bloß obligatorischer Beziehung, sondern nur als eine wahre traditio ficta longa manu vor, und gerade so drückt sich ja auch Javolen in dem oben S. 609 abgedruckten Fr. 20. D. de servit. aus. Was aber Javolen's Stelle von einem der traditio gleichkommenden usus, und unser §. von der patientia enthält, bezieht sich nur auf diejenigen Servituten, welche bloß durch Präscription per usum erworben worden sind, denn in Beziehung auf diese konnte, da der usus und die praescriptio nicht modi acquirendi civiles waren, auch die civile actio confessoria nicht Statt finden. Des Theophilus Stelle ist übrigens insoferne sehr merkwürdig, als man daraus ersieht, daß es der pactio und stipulatio bedurfte, und daß die pactio in der That eine ganz andere Richtung, als die stipulatio hatte, denn er bemerkt ja ausdrücklich, daß „συμφώνου γενομένου“, d. h. „facta pactione vel conventione“ die Stipulation erst Statt finde. Hierüber bitte ich auch die Bemerkungen zum Fr. 11. D. de servit. (8, 1.) zu vergleichen. Auf den titulus adquirendi kann also auch die stipulatio nicht bezogen werden, denn in Beziehung auf diesen war durch die vorangegangene pactio bereits Alles geschehen. Sollte daher die stipulatio nicht als etwas Ueberflüssiges betrachtet werden, so konnte sie nur in Beziehung auf den modus adquirendi noch Bedeutung haben, und Letzteres konnte nur geschehen, wenn man annahm, daß in ihr ein Surrogat für die traditio, oder mit andern Worten, eine traditio ficta liege, und gerade dasselbe tritt auch bey dem

oben S. 562 angeführten Fr. 47. ein. Denn da durch die Leistung der litis aestimatio, welche ja, wie wir oben (S. 596 u. 597) sahen, einem Kaufvertrag ähnlich ist, schon der titulus adquirendi gegeben ist, so war auch dort die stipulatio — das cavere — in der Richtung auf den titulus adquirendi etwas ganz Ueberflüssiges, und nur in Beziehung auf den modus adquirendi, d. h. als traditio ficta konnte es Sinn und Bedeutung haben. Erwägt man nun aber, daß, wie auch Javolen und Pomponius in den o. S. 609 u. 610 abgedruckten Stellen bemerken, eine traditio vera eine wirkliche Uebergabe, wie solche bey körperlichen Dingen Statt finden konnte, bey unkörperlichen Dienstbarkeiten gar nicht möglich war, so ist klar, daß ehe und bevor die traditio ficta von der Doctrin eingeführt wurde, an eine Erwerbung der Dienstbarkeiten durch Tradition nicht zu denken war. So war dann erst durch die traditio ficta per stipulationem der Tradition bey Dienstbarkeiten die Bahn durch die Doctrin eröffnet, was Gajus durch das Wort „potest“ bezeichnet. — Wenn nun aber Justinian das Wort potest des Gajus in seinen Institutionen, welch letzteren ohne alle Zweifel die Commentarien des Gajus zu Grunde lagen, in „debet“ verwandelte, so gibt er hiedurch deutlich zu erkennen,

a) daß Dienstbarkeiten nicht durch bloße pactiones erworben werden können, sondern eine Tradition derselben Statt finden müsse, daß aber

b) eine traditio vera bey Dienstbarkeiten gar nicht Statt finden könne, somit

c) eine traditio ficta per stipulationem Statt finden müsse. Ob nun aber das Justinianeische Recht noch jetzt Platz greife? ist eine Frage, welche allerdings zu bejahen ist, nur genügt es jetzt, wenn statt der feierlichen Stipulation derjenige, welcher eine Dienstbarkeit einräumt, die Zusage leistet, daß er den Andern in der Benützung derselben niemals stören wolle (per se non fieri, quo minus ea servitute uti possit). Will man nun behaupten, daß Dienstbarkeiten auch durch bloße Verträge erworben werden können, so ist diese Behauptung der Sache und der Wirkung nach als eine richtige anzusehen, aber man darf hiebey das nicht übersehen, daß das Römische Recht

die stipulatio das besondere Versprechen, welches derjenige, der die Dienstbarkeit einräumt, zu leisten hatte, nicht als einen Vertrag, sondern als eine traditio ficta betrachtet. Ob uns Theophilus die Formel der Stipulation rein und unversehrt aufbewahrt habe? ist eine Frage, welche wir in so lange, bis das Gegentheil erwiesen ist, werden bejahen müssen. Nimmt man aber mit mir diese Erklärung als die richtige an, so verschwindet Alles, was in den Stellen, welche ich oben (S. 608—611) unter den Quellen angeführt habe, etwa als widersprechend erscheinen möchte, und es zeigt sich vielmehr eine vollkommene Uebereinstimmung derselben. So kann ich dann auch zur Erläuterung unsers §. 1. übergehen. Ich habe schon oben (S. 491 ff.) gezeigt, daß bey körperlichen Dingen die actio Publiciana eine gedoppelte Richtung hatte, insofern sie nehmlich auf der Fiction der ursprünglichen, oder der dieser erst nachgebildeten Usucapion beruhte. Ich habe aber auch in meiner Schrift

die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 44. u. 45. S. 63—66.

bemerkt: daß die Dienstbarkeiten als unkörperliche Sachen den körperlichen Sachen in das diesen bereitete neue Reich der nachgebildeten Usucapion nicht folgten, und nicht folgen konnten, somit es bey ihnen lediglich bey der einseitigen Beziehung auf die frühere usucapio verbleiben mußte. Wenn nun Ulpian hier sagt: „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur“, so hat dieß offenbar bloß den Sinn, daß, da der ususfructus (nehmlich in praediis Italicis, denn in praediis provincialibus konnte er nach der oben S. 608 abgedruckten Stelle des Gajus ja auch durch Tradition erworben werden) nur durch in jure cessio erworben werden könne,

vergl. meine o. a. Schrift §. 12. S. 11—14.

er aber nur durch traditionem erworben worden sey, der Erwerber die confessoria nicht anstellen könne, weil er nicht modo civili jure Quiritium erworben habe, daß aber nach Analogie der actio Publiciana ihm die confessoria Publiciana zustehe, weil ihm hier die Fiction der vollendeten Usucapion, jedoch nur in Beziehung auf die Ergänzung der mangelnden Form der in jure cessio zu Statten komme.

Dasselbe sey der Fall, wenn Jemand Gebäude-Dienstbarkeiten, welche, wie ich gleichfalls oben (S. 618) bemerkt habe, nur in jure cedirt werden konnten, bloß durch Tradition erworben, oder endlich der Eigenthümer der dienenden Sache ohne vorangegangene Bestellung einer Servitut bloß den usus derselben gestattet habe, worüber ich mich auf die Bemerkung zum Fr. 10. pr. D. si serv. vind. (8, 5.) beziehe, somit der Berechtigte in quasi possessione der Dienstbarkeit sey, in welchem Falle dann freilich wieder nur eine traditio ficta vorhanden ist, welche aber Ulpian hier mit dem bestimmten Namen der patientia bezeichnet. Aber bey der Wirkung der Form-Ergänzung mußte es bey den Servituten mit der usucapio, und somit auch der confessoria Publiciana sein Bewenden haben, weil ihnen das Reich der nachgebildeten Usucapion nun einmal verschlossen war, und da nach der Justinianeischen Gesetzgebung die Formen der mancipatio und in jure cessio gefallen, es also auch einer Ergänzung des Mangels derselben nicht mehr bedarf, so kann auch jetzt von einer confessoria Publiciana keine Rede mehr seyn. Daß somit unser §. 1. reines Alterthum geworden ist, haben die Redactoren der Digesten hier übersehen, bey der actio confessoria selbst aber nicht, wovon bey dem 5ten Titel des 8ten Buchs das Nähere. Kehren wir nun wieder zu unserm

Fr. 11. §§. 2—5. D. h. t.

zurück. §. 2. „Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emtorem conceptus est, per hanc actionem petendus est: etiam si ab eo, qui emit, possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet: quia vitiorum defuncti successor est. §. 3. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit, et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait: si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem. §. 4. Idem Julianus generaliter dicit: ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset: ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam. Ex omnibus igitur casibus Publicianam habebo. §. 5. Idem est, et si ex partu partus est, et si non natus, sed post

mortem matris, exsecto ventre ejus, extractus est: ut et Pomponius libro quadragesimo scripsit.“ — Diese §§. habe ich bereits in meiner

o. a. Schrift §. 66. S. 127—135.

erläutert. §. 6. Idem ait, aedibus emtis, si fuerint dirutae, ea, quae aedificio accesserunt, hujusmodi actione petenda.“ — Hier muß ich mich auf die Bemerkungen zum Fr. 23. §. 7. des vorigen Titels (S. 543) zunächst berufen. Nur die actio Publiciana steht nehmlich dem Besitzer deßwegen zu, weil er die einzelnen Theile des frühern Gebäudes jetzt erst usucapiren muß, denn in dieser Beziehung bedarf er derjenigen Fiction, auf welcher die Publiciana beruht. Der §. 7. „Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile sit ei, cui accedit, et ideo, si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem, quae per alluvionem accessit. Et ita Pomponius scribit.“ — §. 8. „Idem adjicit, et si statuae emtae partes recisae petantur, similem actionem proficere“ — der §. 9. „Idem scribit: si aream emero, et insulam in ea aedificavero, recte me Publiciana usurum“ — und der §. 10. „Item inquit, si insulam emi, et ad aream ea pervenit, aeque potero uti Publiciana“ — bedürfen keiner Erläuterung. Paulus

Fr. 12. pr. D. h. t.

„Cum sponsus sponsae servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est à Divo Pio, divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. Dabitur ergo et possidenti exceptio: et amissa possessione, Publiciana: sive extraneus, sive donator possideat.“ — Das Rescript des Divus Pius, nehmlich des Imperator Antoninus Pius, auf welches sich Paulus beruft, besitzen wir nicht mehr, dagegen finden wir ein solches von den unter dem Namen Sever und Antonin öfters vorkommenden Imperatoren Antoninus Caracalla und seines Bruders Geta in der

Const. 1. C. de donat. ante nuptias (5, 3.)

„Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori et postea in dotem acceperit: an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod

non accepit. Priore enim casu donatio non impeditur: et res, quae in ea causa sunt dotis effectae, judicio de dote peti possunt. Posteriore autem casu nihil actum est donatione: et quod in dotem datum non est, repeti non potest.“ — Diese Constitution werde ich am geeigneten Orte erläutern. Hier aber muß ich darauf aufmerksam machen, daß Paulus in den Schlußworten „sive extraneus, sive donator possideat“ ausdrücklich die verschiedenen Wirkungen der Publiciana in Beziehung auf die ursprüngliche und die nachgebildete Usucapion bezeichnet. Gegenüber von dem donator konnte sie nehmlich nur in Beziehung auf die ursprüngliche Usucapion wirken, wenn nehmlich der donator eine rem mancipi nicht mancipirt oder in jure cedirt, sondern bloß tradirt hatte, in Beziehung auf die nachgebildete usucapio aber konnte sie nur gegen den extraneus wirken. Hier finden wir nun auch die exceptio rei donatae et traditae, wovon bereits in der Einleitung (S. 480) die Rede war. §. 1. Is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.“ — Ich muß mich auf die Bemerkungen zum Fr. 50. §. 1. des vorigen Titels (oben S. 563 u. 564) beziehen. Hier unterscheidet sich die actio Publiciana offenbar von der rei vindicatio. Die Scholien der Basilicen

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 230.

„Ὑποπόθου δὲ τὸ πρᾶγμα ἀλλότριον“ — „Finge (eigentlich suppone) autem rem alienam esse“ — haben diesen Unterschied wohl gefühlt, aber nicht richtig aufgefaßt. Denn nicht auf die rem alienam ist hier das Hauptgewicht zu legen, sondern darauf, daß hier die actio Publiciana auch ohne daß der Fideicommissar in den Besitz der Sache kam, Statt findet, was bey der rei vindicatio nach dem so eben a. Fr. 50. nicht der Fall ist, somit also hier eigentlich die Publiciana an die Stelle der rei vindicatio tritt. — §. 2. „In vectigalibus, et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.“ — Was unter den praediis vectigalibus, eigentlich provincialibus, zu verstehen sey, darüber bitte ich meine schon öfters

a. Schrift §. 20. S. 32—35.

so wie

v. Savigny, über die Römische Steuer-Verfassung (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. VI. Band. Berlin 1828. S. 348—354.)

zu vergleichen. Diese praedia provincialia durften, wie ich in meiner o. a. Schrift gezeigt habe, weder mancipirt noch in jure cedirt werden; der Grund hievon aber lag darin, weil solche gar nicht Eigenthum eines Privatmannes werden konnten, da sie theils zu den Staatsdomänen, theils zu den Privatdomänen des Imperators gehörten. Eben deßwegen konnte auch durch Tradition kein Eigenthumsrecht an ihnen erworben werden. Wenn nun Ulpian hier uns doch belehrt, daß auch bey ihnen die Publiciana Statt finde, so ist dieß in einem ganz andern Sinne zu verstehen. Denn da die praedia provincialia nicht usucapirt werden konnten, so mußte hier die Publiciana auf der doppelten Fiction, nehmlich einmal, daß sie usucapirt werden können, sodann daß die Usucapion bereits vollendet sey, beruhen. Zur wirklichen Usucapion aber konnte es nie, folglich auch nie zur vindicatio kommen, und hier blieb es also bey der Publiciana. Merkwürdig ist aber, und in der That kaum zu verzeihen, daß die Redactoren der Digesten die vorliegende Stelle noch aufnahmen, nachdem doch Justinian lange vor dem Erscheinen der Digesten in der

Const. un. C. de usucap. transform. (7, 31.) vgl. auch meine a. Schrift §. 105. S. 223—229.

das Usucapions-Hinderniß bey den praediis provincialibus aufgehoben, und solche dießfalls den praediis Italicis gleichgestellt hatte. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Basilicen

L. XV. tit. 2. Fr. 12. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 227.)

das Wort „vectigalia“ in „emphyteutica“ verwandelt haben. §. 3. Idem est, et si superficiariam insulam à non domino bona fide emero.“ — Hierüber bitte ich die Bemerkungen zum Fr. 63. §. 1. Fr. 64. u. 65. des vorigen Titels (S. 576 ff.) zu vergleichen. Doch scheint es sich hier mehr von einer rei vindicatio utilis als von der Publiciana zu handeln. Zu §. 4. „Si res talis sit, ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia

his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat.“ — Hierüber ist

meine o. a. Schrift §§. 48—53. S. 27—94.

zu vergleichen. Der §. 5. „Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus. §. 6. Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest. §. 7. Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.“ — Diese §§. werden wohl keiner weiteren Erläuterung bedürfen. Gajus

Fr. 13. D. h. t.

„Quaecunque sunt justae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia, haec actio. §. 1. Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium: namque pigneratitiae et precariae possessiones justae sunt: sed ex his non solet competere tale judicium: illa sc. ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nancisciturpossessionem, ut credat se dominum esse. §. 2. Qui à pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente, se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit: bona fide emisse videtur.“ — Das proëmium und der §. 1. drücken sich nun auf's Bestimmteste aus, daß nicht jeder Besitz, sondern bloß der Usucapions-Besitz, d. h. derjenige Besitz, welcher sich auf einen das Eigenthumsrecht begründenden Titel bezieht, die actio Publiciana begründe. Deutlicher wird man sich die Sache machen, wenn man statt „adquirendarum rerum“ „adquirendi rerum dominii“ setzt. Etwas zweideutig ist der §. 2. unserer Stelle gefaßt. Allein demunerachtet ist sein Sinn ganz klar. Ich habe nehmlich schon oben in der Einleitung (S. 493 ff.) mich über den Beweis bey der actio Publiciana ausgesprochen. Wer nun den Beweis führt, daß er von einem Mündel die Sache erworben habe, der muß zugleich auch beweisen, daß der Vormund seine auctoritatem interponirt habe. Kann nun zwar der Kläger beweisen, daß Jemand als vermeintlicher tutor seine auctoritatem interponirt, und daß er diesen für den wirklichen Vormund gehalten habe, so schadet dieß als thatsächlicher Irrthum seinem guten Glauben nicht, worüber ich mich

auf

auf die Bemerkungen zu dem Fr. 7. §§. 2. u. 4. (oben S. 598 ff.) beziehe. Ulpian

Fr. 14. D. h. t.

„Papinianus libro VI. quaestionum scribit: Si quis prohibuit, vel denuntiavit, ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate à procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit: emtorem tuebitur Praetor, sive possideat, sive petat rem. Sed, quod judicio emti procurator emtori praestiterit, contrario judicio mandati consequetur. Potest enim fieri, ut emtori res auferatur ab eo, qui venire mandavit: quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti, si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.“ — Hiemit iſt nun auch die Faſſung der Baſiliken

L. XV. tit. 2. Fr. 14. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 228.)

zu vergleichen.

„Ἐὰν ἐπιτροπῇ σου πωλήσῃ μοι πρᾶγμα σὸν ὁ προκουράτωρ σου, καὶ διαμαρτύρῃ αὐτὸν μὴ παραδοῦναί μοι, καλῶς παραδίδωσι, καὶ τὸ ἀσφαλὲς ἔχω καὶ νεμόμενος καὶ ἐνάγων. εἰ δὲ κατὰ ἄγνοιαν μὴ παραγραψάμενός σε παράχω σοι τὸ πρᾶγμα, κινῶ τὴν ἐπὶ πράσει ἀγωγὴν κατὰ τοῦ προκουράτωρος. καὶ εἴτι παράσχῃ μοι, ἀπαιτεῖ σε διὰ τῆς ἀντεναγωγῆς ἐπὶ τῇ τῆς προτροπῆς σου ἀγωγῇ.“

„Si mandatu tuo procurator tuus rem tuam vendiderit, et denuntiasti ei, ne traderet, recte nihilominus tradit, et tutus sum, sive possideam, sive rem petam. Si vero per ignorantiam omissa exceptione rem tibi reddidi, agam ex emto adversus procuratorem, et si quid mihi praestiterit, contrario judicio mandati à te consequetur.“

Der Eingang unſers Fragments iſt ganz klar, ſein Sinn iſt nehmlich kein anderer als der, daß wenn Jemand einem Andern den Auftrag ertheilt habe, ſeine Sache zu verkaufen, er nach bereits abgeſchloſſenem Kaufe ſeinen Auftrag nicht mehr in der Art widerrufen könne, daß die Sache dem Käufer nicht übergeben werden dürfe, und daß der Käufer die actio emti auf Uebergabe der Sache anſtellen könne, auch daß ihm, wenn ſie etwa bereits übergeben wäre, und der Verkäufer die rei vindicatio oder die actio Publiciana gegen ihn anſtellen würde, die am

Schlusse genannte exceptio zustehe. Der zweite Satz ist etwas mißrathen und unverständlich, was aber lediglich daher rührt, weil er ein ὕστερον πρότερον enthält, und daher ist er auch in den Basilicen, welche dem Satze eine andere Stellung gegeben haben, viel verständlicher. Wenn nehmlich dem Käufer des Widerrufs unerachtet die Sache übergeben wurde, und er von dem Verkäufer mittelst der rei vindicatio oder actio Publiciana belangt, und die obige exceptio von ihm nicht vorgeschützt wird, er also nach der Verurtheilung den dem Mandatar des Verkäufers bezahlten Kaufschilling zurückverlangt, so kann der Mandatar seinen Mandanten wegen desjenigen, was er dem Käufer zurückbezahlen mußte, in Anspruch nehmen. Der letztere Theil dieser Stelle gehört freilich nicht in den vorliegenden Titel. Pomponius

Fr. 15. D. h. t.

„Si servus meus, cum in fuga sit, rem à non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.“ — Hierüber bitte ich meine oben schon a. Schrift

§. 55. S. 95 u. 96.

zu vergleichen. Papinian's

Fr. 16. D. h. t.

„Paulus notat. Exceptio justi dominii Publicianae objicienda est“ — und Neratius

Fr. 17. D. h. t.

„Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, si ea res possessoris non sit, sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat“ — hätten aber wohl nicht erst am Ende, sondern vielmehr am Anfang dieses Titels angeführt werden sollen. Denn sie enthalten offenbar sehr wesentliche Aufschlüsse über die actio Publiciana und ihre Stellung im Bereiche der actionum, und verdienen daher auch unsere besondere Aufmerksamkeit. Ich habe nehmlich bereits schon mehrmals bemerkt, daß die actio Publiciana auf der Fiction, daß die usucapio bereits vollendet sey, beruhe. Diese Fiction kann aber gegen den wirklichen Eigenthümer der Sache nicht wirken,

denn in diesem Fall muß die Fiction der Wahrheit weichen. Die actio Publiciana sollte den possessor bonae fidei nur gegen die Nichteigenthümer, in deren Hände die von ihm bona fide erworbene Sache gerathen war, schützen, dem wahren wirklichen Eigenthümer aber sollte sie auf keinerley Weise nachtheilig seyn, und wurde er mittelst der actio Publiciana belangt, so schützte ihn dagegen die exceptio si ea res possessoris non sit, eine exceptio, wodurch die Fiction, auf welcher die actio Publiciana beruht, der Wahrheit gegenüber aufgehoben wurde. Betrachten wir nun noch einige allgemeine in die Lehre von der rei vindicatio und die actio Publiciana einschlagende Constitutionen.

Der Imperator Gordian

Const. 5. C. de rei vind. (3, 32.)

„Domum, quam ex matris successione ad te pertinere, et ab adversa parte injuria occupatam esse ostendis, Praeses provinciae cum pensionibus quas percepit, aut percipere poterat, et omni causa damni dati restitui jubebit. Ejus autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est: cum malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint. Sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.“ — Hier findet sich der allgemeine Satz ausgedrückt, daß der malae fidei possessor nur die impensas necessarias zurückfordern, das durch die utiles Bezweckte aber — jedoch ohne Nachtheil der Substanz der Sache — wieder zurücknehmen könne. Der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 22. C. h. t.

„Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem, universos.“ — Der Imperatoren Valentinian und Valens

Const. 1. C. Th. de fruct. et litis expensis (4, 17.)
Const. 2. C. de fruct. et lit. exp. (7, 51.)

Ich will diese Constitution hier so geben, wie sie in beiden Cod. vorkommt. Litigator victus, qui post conventionem

rei incumbit alienae (*quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae,* C. Th.) non in sola redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat: sed etiam eos, quos percipere potuisset, non quos eum redegisse constat, exsolvat ex eo tempore, ex quo, re in judicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit. (nec tantum simplorum fructuum praestationem, aut ipsorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed duplos fructus, et eos, quos percipi potuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio à die invasi loci usque ad exitum litis habeatur, ei vero, qui simpliciter tenet ex eo, quo re in judicium deducta scientiam malae possessionis accepit. C. Theod.) Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est.“ — Der Schlußsatz dieser Constitution, welcher in dem Codex rep. prael. weggelassen ist, kann auch hier füglich wegbleiben. Vergleichen wir nun die ursprüngliche mit der nachher abgekürzten Fassung dieser Constitution, so zeigt sich, daß das Original vor der abgekürzten Copie bey weitem den Vorzug verdient. Das Original unterscheidet nehmlich ganz richtig und sehr genau zwischen dem ursprünglichen malae fidei possessor — dem praedo — und demjenigen, welcher es erst nachher, nehmlich bey der hereditatis petitio dadurch, daß er erfahren hat, daß er mit solcher werde belangt werden, bey der rei vindicatio aber durch die litis contestatio wurde (S. 404 ff.), und läßt ersteren von Anfang an „à die invasae rei“ (wie ich das „loci“, welches bloß Grundstücke bezeichnet, generalisiren möchte) haften. Den ursprünglichen malae fidei possessor aber hat unsere Copie aus den Augen verloren. Daß nun die ächte Constitution den Fall, wo der malae fidei possessor noch den gedoppelten Betrag der Früchte ersetzen mußte (vgl. oben S. 432 u. 433), im Auge hatte, leuchtet von selbst ein, aber eben dieß blieb weg, weil Justinian, wenn wir gleich von ihm keine Constitution mehr finden, wodurch er den gedoppelten auf den einfachen Ersatz beschränkt hat (vielleicht fand sich eine solche in dem ersten Codex), einmal hievon abgewichen

ist. Merkwürdig ist aber die Fassung dieser Stelle in den Basilicen

L. IX. tit. 3. Fr. 66. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 513. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 459.)

Ὁ κακῇ πίστει νομεὺς οὐ τὸ πρᾶγμα ἀποδίδωσι, καὶ τοὺς καρποῦς, οὓς ἔλαβεν, ἀλλὰ καὶ οὓς ἠδύνατό τις λαβεῖν καὶ δίδωσι τοὺς μετὰ προκάταρξιν καρπούς. ταῦτα δὲ νοήσον μὴ ἐπὶ τῆς ἀπαιτήσεως τῆς κληρονομίας· ἐπὶ ἐκείνης γὰρ καὶ οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως καρποὶ καταφέρονται."

„Malae fidei possessor non solum rem restituit, et fructus, quos percepit, sed etiam eos, quos quis percipere potuisset. Et restituit fructus post litis contestationem. Haec autem intellige non de hereditatis petitione: in ea enim fructus etiam ante litis contestationem veniunt."

Ganz so und und mit sehr unbedeutenden Abänderungen gibt auch Harmenopulus

Πρόχειρον Νόμον. Manuale Legum. L. II. tit. 1. §. 13. (in Tom. Supplem. ad Meerm. Thes. I. C. et C. p. 177.)

diese Stelle. Der Herausgeber desselben, Reitz, wußte jedoch mit derselben nicht zurechtzukommen, und im Unmuth machte er nun dem guten Fabrott darüber Vorwürfe,

l. s. c. not. 34. p. 104 u. 105.

daß er die Worte: „μετὰ προκάταρξιν" durch „post litis contestationem" übersetzt habe, aber in der That mit Unrecht, und das „pessime" fällt auf den Reitz selbst zurück, wie ich sogleich zeigen werde. Reitz fand übrigens nicht mit Unrecht die vorliegende Stelle zweifelhaft, das Räthsel hat er aber nicht glücklich gelöst. Reitz hatte nehmlich den ganz richtigen Satz im Auge, daß ein malae fidei possessor, insofern er es vom Anfang an war, nicht nur die „post", sondern auch die „ante litis contestationem" bezogenen Früchte ersetzen müsse, und diesen Satz wird ihm wohl Niemand bestreiten können und wollen. Nun glaubte er, daß diese Stelle, welche dem malae fidei possessor nur den Ersatz der nach der Litis-Contestation bezogenen Früchte auferlege, ganz irrig sey, und daher schiebt er auch mit frühern Correctoren, Rey und Leonel wischen die Worte „καὶ" und „δίδωσι"

die „ὁ καλῇ πίστει νομεὺς“ hinein, so daß es in unserer obigen Uebersetzung heißen müßte „et bonae fidei possessor restituit“ etc. Den Grund aber, warum hier die Basilicen zwischen der Periode vor und nach der Litis-Contestation unterschieden haben, entdeckte er nicht. — Dieser Grund aber liegt im Gegensatze zwischen der rei vindicatio und der actio Publiciana auf der einen, und der hereditatis petitio auf der andern Seite. Unter dem malae fidei possessor dachten sie sich nehmlich keinen praedo, keinen der von Anfang an in mala fide war, sondern einen ursprünglichen bonae fidei possessor, der zum malae fidei possessor geworden war, und malae fidei possessor wird er in Beziehung auf die rei vindicatio und actio Publiciana durch die litis contestatio, in Beziehung auf die hereditatis petitio aber schon früher, nehmlich, wie ich bereits oben (S. 404 ff.) gezeigt habe, schon dann, wenn er weiß, daß er mittelst der hereditatis petitio belangt werden wird. So haben nun auch die Basilicen einen ganz richtigen Satz ausgesprochen, und man sieht, daß sie die obige Constitution, welche zwischen dem Anfangspunkt der mala fides bey den obigen Klagen nicht unterschieden hat, durch diese Unterscheidung verbessern wollten. Freilich haben die Basilicen den Unterschied zwischen dem praedo und dem erst zum malae fidei gewordenen possessor bonae fidei, welcher in dem Original der Constitution sehr hervorgehoben worden ist, auch nicht berührt. Und nun sind es noch die beiden Institutionen-Stellen, welche wir zu betrachten haben, nehmlich die oben S. 434 abgedruckten

§. 35. I. de rer. div. (2, 1.)

und

§. 2. I. de offic. jud. (4, 17.)

und hiezu mag auch die Paraphrase des Theophilus

Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 911 u. 912.

eine Stelle finden.

„Εἰ δὲ τὴν in rem κινεῖτις, εἰ μὲν καταγινώσκει τοῦ ἄκτωρος, ἀβσολουτίωνος ἀξιούτω τὸν ῥέον· εἰ δὲ ἐλάττονα ὁρᾷ τὰ τοῦ ἐναγομένου δίκαια, κελευέτω αὐτὸν τὸ πρᾶγμα ἀποκαθι-

„Sin autem quis in rem agit, si quidem contra actorem judicat, reum absolutione dignetur: si vero deteriora esse rei jura videt, jubeat eum rem restituere

στᾷν μετὰ καὶ τῶν καρπῶν. Εἰ δὲ ὁ ἐναγόμενος ἀρνεῖται ἐν τῷ παρόντι χρόνῳ μὴ δύνασθαι τὸ πρᾶγμα ἀποκαθιστᾷν, καὶ τοῦτο οὐ δι' ὑπέρθεσιν λέγεται παρ' αὐτοῦ, προσήκει τὸν δικαστὴν χρόνον δοῦναι προθεσμίας, οὗ ἐντὸς ὀφείλει τῷ ἄκτωρι ἀποκαταστῆσαι τὸ πρᾶγμα, ὁμολογίαν ἐπιθέμενος μετὰ δόσεως ἐγγυητῶν περὶ τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, ὡς εἰ μὴ εἴσω τοῦ χρίνου τοῦ ὁρισθέντος ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ ἀποκαταστήσει τὸ πρᾶγμα, τὴν ὁρισθεῖσαν διατίμησιν παρέξει. Εἰ δὲ hereditatis petitio κινεῖται, τὰ αὐτὰ δικαζέτω ἐπὶ τοῖς καρποῖς, ἅπερ ἐπὶ τῆς in rem. Ἐκείνων δὲ τῶν καρπῶν προφάσει, οὓς οἰκείᾳ κούλπᾳ ὁ τῆς κληρονομίας οὐκ ἐξελέξατο νομεὺς, καταδικαζέσθω, ἐν ᾧ mala fide τῆς κληρονομίας γέγονεν ἐν κατοχῇ· τῶν αὐτῶν σχεδὸν κρατούντων καὶ ἐπὶ τῆς σπεκιαλίας in rem· καὶ ἐπ' αὐτῆς γὰρ ὁ mala fide τοῦ πράγματος ἐν νομῇ γενόμενος, λόγον ὑφέξει καὶ τῶν κατὰ ῥαθυμίαν αὐτοῦ μὴ ληφθέντων καρπῶν. Διὰ τί δὲ εἶπον τὸ σχεδὸν, ἐν τοῖς de judiciis μαθησόμεθα. Εἰ δὲ bona fide νομεύς ἐστιν ὁ ἐναγόμενος, οὐκ ἀπαιτηθήσεται, οὐδὲ οὓς ἐδαπάνησε καρποὺς, οὐδὲ οὓς κατὰ ῥαθυμίαν οὐκ ἔλαβε, προφάσει τῶν ληφθέντων πρὸ τῆς προκατάρξεως καρπῶν· μετὰ γὰρ προκάταρξιν ἕνεκα τῶν ληφθέν-

una cum fructibus. Quod si reus neget in praesenti se tempore rem posse restituere, et hoc ab eo non dicatur per tergiversationem, judicem oportet tempus praestitutum dare, intra quod actori rem restituere debeat, cautionem exponens cum datione fidejussorum de litis aestimatione, ipsum, nisi intra tempus ab judice definitum rem restituerit, definitam litis aestimationem praestaturum. Si hereditatis petitio instituitur, eadem judicet de fructibus, quae in actione in rem. Illorum vero fructuum nomine, quos sua culpa hereditatis possessor non percepit, condemnetur, quum mala fide in possessionem venerit hereditatis: iisdem et in speciali in rem actione fere obtinentibus; nam et in illa, qui mala fide in rei possessionem venit, rationem quoque reddet fructuum per negligentiam ejus non perceptorum. Quamobrem autem dixerim *fere*, in libris de Judiciis docebimur. Sin autem bonae fidei possessor est reus, non poscetur nec quos consumsit fructus, nec quos per negligentiam haud percepit, nomine scilicet fructuum ante litis contestationem percep-

των καὶ δαπανηθέντων καταδικαζέτω αὐτὸν ὁ δικαστής. Ταῦτα μὲν οὖν περὶ τῆς σπεκιαλίας in rem· τὰ αὐτὰ δὲ καὶ ἐπὶ τῆς hereditatis petitione εἰρήσθω."

torum: post litis enim contestationem et perceptorum et consumtorum causa condemnet illum judex. Haec igitur de speciali in rem actione: eadem vero et in hereditatis petitione dicta sunto."

Was aber das „fere" unserer Stelle betrifft, so bekenne ich offen, daß ich nicht weiß, was eigentlich damit angedeutet werden sollte. Auch hätte Theophilus, allerdings vorausgesetzt, daß er selbst wußte, was dann eigentlich hiedurch bezeichnet werden sollte, uns wenigstens eine Andeutung geben können, denn die allgemeine Hinweisung auf die libros de judiciis, welche wir ohnehin leider nicht mehr besitzen, genügt nicht, so viel aber wenigstens zeigt sie uns an, daß dieses „fere" sich nur aus dem gerichtlichen Verfahren erklären läßt. Diese Stelle hat aber ihre versteckten Schwierigkeiten. Liest man sie genau, so findet man, daß sie die hered. petitio und die rei vindicatio auch insofern gleichgestellt hat, als in beiden der possessor nur diejenigen Früchte, welche er hätte percipiren können, ersetzen solle, wie auch Ulpian in dem oben S. 432 abgedruckten Fr. 25. §. 4. D. de her. pet. den m. fidei possessor allerdings zum Ersatz derjenigen Früchte, welche er selbst hätte beziehen können, für verbunden erklärt, wogegen Papinian

Fr. 62. §. 1. de rei vind.

(oben S. 575) womit freilich wieder Paulus

Fr. 33. D. ej. tit.

(oben S. 553) nicht wohl zu vereinigen ist, den malae fidei possessor zum Ersatz derjenigen Früchte für verbunden hält, welche der petitor, wenn er die Sache besessen, hätte beziehen können, während nun unsere Stelle die hered. pet. und die rei vindicatio insofern indifferenzirt, als bey beyden der malae fidei possessor diejenigen Früchte, welche er selbst hätte beziehen können, ersetzen soll. Wie reimen wir nun all' dieses zusammen? Man erkläre den allgemeinen in unserer Stelle enthaltenen Satz aus den besondern Bestimmungen der Digesten.

Dieß wäre wohl ein Mittel, aber meiner Ansicht nach nicht das richtige. Meine Ansicht ist vielmehr folgende: In den Digesten hatten die Redactoren mit einem mühsamen Detail, mit oft im Princip oft in der Anwendung einander widerstrebenden und widersprechenden Ansichten der Rechtsgelehrten zu kämpfen, und über diesem Detail gieng gar oft die Uebersicht über das Ganze und die allgemeinen Grundsätze verloren. Bey den Institutionen aber galt es allgemeine Grundsätze aufzustellen, und hier haben sie nun einen allgemeinen Grundsatz für den Richter aufgestellt, wodurch offenbar die Detail-Bestimmungen der Digesten aufgehoben sind. Hier ist der Fall, wo die Digesten aus den Institutionen zu erklären sind. Dieß vorausgesetzt, gehe ich nun zu der Darstellung unsers Verfassers über.

§. 576. S. 26—45.

Es ist wirklich eine merkwürdige Erscheinung, daß man, im gemeinen Leben schon, immer von Eigenthum — Eigenthumsrecht spricht, daß man damit auch immer die richtigen Begriffe verbindet, daß aber selbst Rechtsgelehrte dann stocken, wenn es sich von der ganz allgemeinen Frage handelt: was dann eigentlich Eigenthum, was Eigenthums-Recht sey? Ich will nun nicht tiefer in die bereits vorliegenden Erklärungen eingehen, und hier nur meine Ansicht geben. Eigenthumsrecht ist für mich nichts Anderes als das unbeschränkte Recht, über irgend eine Sache zu verfügen. Eigenthum aber nenne ich alle Sachen, über welche Jemand das unbeschränkte Verfügungsrecht zusteht. Das Eigenthumsrecht, welches an sich und seiner Natur nach unbeschränkt ist, kann nun aber durch Gesetze, Verträge oder letzte Willens-Verordnungen beschränkt seyn. Durch Gesetze kann z. B. der Verkauf von Sachen verboten, die Zerstörung der Gebäude nach Baupolizeigesetzen untersagt, durch Verträge oder letzte Willens-Verordnungen ein Theil dieses Verfügungsrechts entzogen seyn. In diesem Falle ist nun ein beschränktes Eigenthumsrecht vorhanden. Lag die Beschränkung des Eigenthumsrechts darin, daß der Eigenthümer einer fruchtbringenden Sache diese einem Andern zur Benützung überlassen mußte, so nannten die Römischen Rechtsgelehrten dieses so beschränkte Eigenthum

eine proprietas, ein uns Deutschen unübersetzbares Wort, denn das Wort „Eigenheit", dessen unser Verfasser sich bedient, drückt in der That den Sinn eines beschränkten Eigenthums nicht aus, sondern durch dieses Wort wird vielmehr etwas ganz Besonderes, vom Gewöhnlichen Abweichendes bezeichnet; so sagt man: der A. hat viele Eigenheiten, damit aber will man nur das bezeichnen, daß der A. sich in vielen Sachen nicht so, wie Andere benehme, so eigene Ansichten, d. h. Ansichten, welche von den gewöhnlichen abweichen, eigene Verhältnisse, eigene Mittel, eigene Zwecke, d. h. ganz besondere Verhältnisse, Mittel, Zwecke. Keineswegs aber nannten die Römischen Rechtsgelehrten solche Rechte, welche Jemand auf einer fremden, in Jemands Andern, wenn auch beschränktem Eigenthum, befindlichen Sache zustanden, Eigenthum — dominium — es gab kein dominium ususfructus, servitutis. Zwar behauptet der Verfasser S. 32 das Gegentheil, nnd beruft sich namentlich auf Julian's

Fr. 3 D. si usufr. pet. (7, 6.)

„Qui usumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi, desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime ejus factus esset, amissurus eum fuerit: actionem ad restituendum eum habere non debet. Est enim absurdum, plus juris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint." — Meiner Ansicht nach aber hat diese Stelle einen ganz andern Sinn, als er ihr bisher beygelegt wurde, und die Redactoren der Digesten würden wohl gethan haben, wenn sie dieselbe weggelassen hätten. Ich erkläre nehmlich diese Stelle auf folgende Weise. Ich habe nehmlich in meiner Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 70—72. S. 152—156.

ausgeführt, daß gleichwie durch den usus oder die nachherige possessio die mangelnde Form der mancipatio oder in jure cessio ergänzt wurde, und hierin gerade die Wirkung der ursprünglichen usucapio bestand, so auch durch den non usus das durch die Mancipation oder in jure Cession entstandene nexum wieder aufgelöst wurde, und daß sich hieraus zunächst der Verlust der Dienstbarkeiten durch

non usum bildete. Ich habe ferner bereits oben (S. 607) bemerkt, daß einige Dienstbarkeiten mancipirt, andere, worunter namentlich der ususfructus nur in jure cedirt, andere aber durch Tradition erworben werden konnten. Wenn nun in der Periode, in welcher noch das duplex dominium bestand, der ususfructus nur modo naturali, nicht civili, d. h. nur durch Tradition, nicht durch in jure cessio erworben wurde, so konnte man allerdings nicht sagen, daß der Nutznießer das Nutznießungsrecht jure Quiritium — oder Quiritario erworben habe, sondern er hatte das Nutznießungsrecht bloß in bonis. Hatte aber derselbe sich des Nutznießungsrechts innerhalb derjenigen Zeit, in welcher sich das nexum auflöste, nicht bedient, so konnte man allerdings bey demjenigen, welcher den ususfructus, der ihm in jure hätte cedirt werden sollen, nur durch Tradition erworben hatte, nicht sagen, daß das nexum durch den Ablauf dieser Zeit sich wieder aufgelöst habe, weil durch die bloße Tradition ein nexum ja gar nicht entstehen konnte. Hieraus würde nun folgen, daß wenn Jemand eine Dienstbarkeit, welche mancipirt oder in jure hätte cedirt werden sollen, bloß durch Tradition erworben, dieselbe durch den non usus nicht verloren gehe. So richtig und folgerecht aber auch dieser Satz an sich wäre, so würde doch hieraus etwas Ungereimtes folgen, nehmlich daß derjenige, welcher eine Dienstbarkeit nicht auf die gesetzliche, sondern bloß auf eine vom Prätor geduldete und geschützte Weise erworben habe, in einer bessern Lage sich befinde, als derjenige, welcher sie auf die gesetzliche Weise erworben habe, das in bonis habere des ususfructus würde also im vorliegenden Falle dem ususfructus Quiritarius vorzuziehen seyn. Dieß sollte aber und konnte nicht der Fall seyn, daher auch solche Servituten, welche nur durch Tradition erworben worden, oder, wie bey den praediis provincialibus nur durch Tradition erworben werden konnten, wenn gleich bey ihnen eine usureceptio nicht Statt finden konnte, dennoch durch non usum erlöschen oder verloren gehen sollten. Die Worte, auf welche in unserm Fragment das Hauptgewicht zu legen ist, sind nicht die „ex causa fideicommissi“, sondern das Wort „traditum“, zu welchem die Worte, „si legitime ejus factus esset“ einen

Gegensatz bilden, denn unter dem „legitime“ ist nichts Anderes als „per mancipationem oder in jure cessionem“, und unter der „possessio“ nichts Anderes als das „in bonis habere“, und unter dem „dominium“ das „jus Quiritium“ zu verstehen. Wenn nun gleich, wie ich oben schon bemerkte, die Redaktoren der Digesten diese Stelle aus dem Justinianei'schen Rechts- und Gesetzbuch, welches das frühere duplex dominium nicht mehr kannte, hätten weglassen sollen, so müssen wir ihnen jedoch Dank wissen, daß sie uns einen sehr schätzbaren Beitrag zur Rechtsgeschichte, wie sich aus der Usureception der non usus der Dienstbarkeiten entwickelte, hinterlassen haben. Und eben deßwegen will ich auch annehmen, daß diese Stelle von ihnen als ein rechtsgeschichtlicher Beitrag aufgenommen worden ist. Diese Seite haben freilich die Verfasser der Basilicen nicht aufgegriffen, und mit Entkleidung alles Geschichtlichen ihn auf folgende Weise auf das Gebiet des positiven Rechts verpflanzt:

L. XVI. tit. 6. Fr. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 285.)

„Καὶ ὁ ληγατάριος ἐὰν ἐπὶ τῶν ὡρισμένων χρόνων παύσηται νέμεσθαι τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, ἀγωγὴν οὐκ ἔχει πρὸς ἀνάληψιν αὐτῆς.“

„Si legatarius usufructu per tempus statutum non utetur, actionem ad restituendum usumfructum non habet.“

Was es aber mit der actio Publiciana bey Servituten für eine Bewandtniß hat, habe ich bereits oben (S. 618) gezeigt. Die übrigen von dem Verfasser angeführten Fragmente darf man übrigens nur lesen, um sich sogleich zu überzeugen, daß von einem dominium ususfructus keine Rede ist, und eben so wenig gibt es ein dominium servitutis oder possessionis.

§§. 577—583. S. 46—137.

Diese Paragraphen habe ich theils in der Einleitung, theils bey den betreffenden Fragmenten erläutert und kann sie daher übergehen.

§. 584. S. 138—155.

Nur die Controverse: welche der Verfasser S. 147—151 berührt: ob nehmlich der Kläger gleich zu Anfang des Pro-

cesses Eigenthümer seyn muß, oder ob es genüge, wenn er auch erst nach angestellter Klage das Eigenthumsrecht erwerbe? ist es, welcher ich eine genauere Betrachtung widmen muß. Gewiß kommt hier das Fr. 27. §. 1. (S. 544) in Betracht. Zwar handelt dieses Fragment nur von dem possessor. Aber wir dürfen es unbedenklich auch auf den petitor beziehen, denn die Gleichheit des Grundes (paritas rationis) spricht unzweifelhaft hiefür. Hienach aber wäre die von dem Verfasser bestrittene Ansicht die richtige, und wenn der petitor, welcher zur Zeit der Litis-Contestation noch nicht Eigenthümer war, es nachher wurde, und sein Eigenthumsrecht nachweisen konnte, wurde für ihn erkannt. Das Gleiche gilt von der actio Publiciana. Hier hätte ich nur noch die von dem Verfasser S. 140 u. 150 S. 36 angeführte und dort abgedruckte Stelle des Canonischen Rechts, welche gewiß kein Muster bündiger und logischer Fassung ist, zu erläutern, was am füglichsten durch ein Beispiel geschehen kann. Setzen wir nehmlich den Fall: A. stellt die actio Publiciana an und behauptet, daß die Sache, welche B. besitze, in seinem Usucapions-Besitz gewesen, und ihm entwunden worden sey. Gesetzt nun: während des Rechtsstreits verliert B. den Besitz, und C., in dessen Besitz sie gekommen, verkauft sie an A. A. aber verliert wieder den Besitz, und B. erhält ihn. Zu der Zeit, wo nun A. seinen Usucapions-Besitz, in dem er sich befunden habe, nachweisen solle, kann er wirklich einen solchen auf den Grund des an ihn geschehenen Verkaufs nachweisen, in diesem Falle ist nicht nothwendig, daß der frühere Rechtsstreit abgebrochen werde, sondern er kann fortgesetzt, und auf den Grund des erst während desselben von A. erworbenen Usucapions-Besitzes für ihn erkannt werden. Hätte aber A. ursprünglich behauptet, daß ihm von D. die Sache geschenkt worden sey, während er nachher doch nur den Titel des Kaufs nachzuweisen vermöchte, so muß das frühere Verfahren abgebrochen werden.

§. 585. S. 155—191.

Ueber den Beweis des Eigenthumsrechts bitte ich meine Einleitung zu vergleichen (S. 495 u. 496). Auch in diesem §. hat der Verfasser wieder mehrere Materien behandelt,

welche ich auf die geeigneten Titel verweisen muß. Nur dasjenige, was er S. 158 von solchen Sachen, welche vom Fiscus erworben werden, bemerkt, verdient noch eine besondere Untersuchung. Betrachten wir vorerst den

§. 13. I. de usucap. (2, 6.)

„Edicto divi Marci cavetur, eum qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem aut donationem vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint, haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefatae Zenonianae constitutionis continentur.“

— und hiezu sind zu vergleichen die Paraphrase des Theophilus

Ed. *Reitz.* Tom. I. p. 295.

„Γέγονεν ὡς ἐν ἐδίκτῳ διάταξις Μάρκου τοῦ βασιλέως, λέγουσα τὸν ἀλλότριον πρᾶγμα ἠγορακότα παρὰ τοῦ Φίσκου, πενταετίας παραδραμούσης, γίνεσθαι δεσπότην τοῦ πράγματος. Τὸ δ' ἔδικτον ἀναγκαῖον ἦν ἐπὶ τῶν μὴ δυναμένων διὰ ἐλάττονος χρόνου τῆς πενταετίας δεσπόζειν τοῦ ἀγορασθέντος· οἷον, ἐπειδὴ Φούρτιβον τυχὸν ἦν, καὶ μετὰ τὸν πενταετῆ χρόνον ἐναγόμενος ὁ ἠγορακὼς ἐξώθει παραγραφῇ τὸν ἐνάγοντα· καὶ ταῦτα μὲν Μάρκος ὁ θειότατος.“

„Facta est per modum edicti constitutio Imperatoris Marci, jubens: ut, qui rem alienam de fisco emerit, elapso quinquennio dominus rei fiat. Hoc autem edictum necessarium erat iis, qui per tempus quinquennio brevius rei emtae domini fieri non poterant: veluti, quia forte furtiva erat, et post quinquennale tempus emtor conventus actorem praescriptione repellebat. Et haec quidem Divus Marcus.“

— sodann der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 3. C. si advers. fiscum (2, 37.)

„Edicto quidem Divi Marci parentis nostri res minorum exceptae, nihil tuum adjuvant desiderium: siquidem debiti causa patris minoris, vel etiam ipsius praedia venumdata quinquennii praescriptionis nullam admittunt quaestionem“ — und hiezu die Basilicen

L. X. tit. 19. Fr. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 662. Ed. *Heimb.* T. I. p. 527.)

„Ἔγνως πολλαχοῦ καὶ μάλιστα ἐν τῇ δευτέρᾳ ἰνστιτουτίωνι τίτλῳ ἕκτῳ, ὅτι, ἡνίκα ὁ δημόσιος πιπράσκει τὸ ἀλλότριον, νενομοθέτηται ἀπὸ διατάξεως Μάρκου καὶ Κομμόδου, εἴσω μόνον πέντε ἐνιαυτῶν τὸν δεσπότην τοῦ πράγματος δύνασθαι τὸ ἴδιον ἐνδικεῖν· ἔνθα φέρει τὴν Ζήνωνος διάταξιν, βουλομένην τὸν ἀγοράσαντα παρὰ τοῦ δημοσίου εὐθέως ἔχειν τὸ ἀσφαλὲς καὶ μηκέτι ἐνάγεσθαι περὶ τοῦ πράγματος.“

„Didicisti pluribus in locis, et praecipue Institutionis secundae titulo sexto, cum fiscus rem alienam vendit, constitutione Marci et Commodi cautem esse, ut intra quinquennium tantum rei dominus eam vindicare possit: ubi Zenonis constitutionem refert, quae eum, qui à fisco emit, statim securum esse, nec amplius ea de re conveniri vult.“

Das Edict, dessen unser §. erwähnt, wird in demselben, und in der Paraphrase des Theophilus, so wie in der Constitution der Imperatoren Diocletian und Maximian, dem Divus Marcus, d. h. dem Imperator Marc Aurel Antonin, in den Basilicen aber und von Harmenopulus in seinem

Πρόχειρον νόμον. — Manuale Legum. L. III. tit. 3. §. 83. (in Supplem. Tom. ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 176.)

ihm und seinem Mitimperator Commodus zugeschrieben. Was das Wahre sey? könnte wohl nur dann entschieden werden, wenn wir das Edict noch besäßen, was aber nicht der Fall ist. Wir sehen nehmlich hieraus, daß die Absicht dieses Edicts, worüber auch meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §. 89. S. 196 u. 197.

zu vergleichen ist, zunächst dahin gieng, daß solche Sachen, welche Jemand vom Fiscus erworben hatte, innerhalb fünf Jahren präscribirt werden können, und nach der o. a.

Constitution der Imperatoren Diocletian und Maximian waren die res minorum hievon ausgenommen. Dieses Edict änderte der Imperator Zeno, nachdem der Imperator Leo und er schon früher theilweise dasselbe abgeändert hatten, in der

Const. 2. C. de quadr. praescr. (7, 37.)

nunmehr ganz ab:

„Omnes, qui quascunquae res mobiles, vel immobiles, seu se moventes, vel in actionibus, aut quocunque jure constitutas, à sacratissimo aerario comparaverint, eos quin etiam quibuscunque res mobiles, seu immobiles, seu se moventes, aut in actionibus, vel quocunque jure constitutae, munificentiae principalis nomine datae fuerint: omnibus pariter privilegiis, quae ex divinis sanctionibus inclytae recordationis Leonis et nostrae pietatis super certis patrimoniis antea emtores consecuti sunt, perpotiri sancimus: et ita cunctos hujusmodi beneficiis seu privilegiis perfrui, tanquam si super singulis substantiis seu patrimoniis etiam nunc, vel postea data fuisset hujusmodi dispositio: nec posse contra emtores praedictarum rerum factos jam, vel futuros, vel contra eos quibus super hujusmodi rebus largitas nostra delata est vel fuerit, aliquas actiones in rem dominii vel hypothecae gratia vel in personam civiles, seu Praetorias, vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus, descendentes, vel quaslibet alias (licet nominatim praesenti sanctione non sint comprehensae) moveri: data volentibus licentia intra quadriennium contra sacratissimum aerarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere: ita tamen, ut post elapsum quadriennium, nec sacratissimum fiscum licere sibimet quibuslibet actionibus pulsare cognoscant. §. 1. Ad haec fiscalium rerum emtoribus cum ratione justitiae consulentes, jubemus quoties competens scrinium gestis intervenientibus, distractarum rerum pretia sese disposuerit suscepisse: minime post hujusmodi solutae pecuniae depositionem emtores quasi non numeratis pecuniis molestari, vel necessitatem iisdem emtoribus imponi (licet non solemnem consecuti fuerint securitatem) soluta fuisse pretia probare. Sed cum sit in arbitrio pretia suscipientis minime

deponere,

deponere, sese, quod non acceperit, suscepisse: ita convenit nec emtores plenissimam ex hujusmodi depositione super pretii solutione securitatem consecutos, ullum (sicut dictum est) ulterius probationis gravamen penitus formidare" — und verordnete ganz im Allgemeinen und ohne irgend eine Ausnahme, daß, wer irgend eine Sache von dem Fiscus erworben habe, als voller Eigenthümer derselben anzusehen sey, und von dem frühern Eigenthümer auf keinerley Weise angefochten werden könne, daß es aber Letzterem freystehe, den Fiscus innerhalb vier Jahre auf Ersatz des Werths zu belangen. Noch weiter gieng Justinian in der höchst weitschweifigen

Const. 3. C. de quadr. praescr. (7, 37.)

aus welcher ich nur die Hauptstelle hier geben will: „Quae omnia resecantes, per hanc generalem et in perpetuum valituram legem sancimus, omnes alienationes de aula procedentes, sive à nostra clementia, sive a serenissima Augusta conjuge nostra, sive ab his qui postea digni fuerint nomine imperiali, sive jam alienatum quiddam est, sive postea fuerit: sine omni inquietudine permanere, sive res eis per nosmetipsos, sive per procuratores, ex epistalmate tamen nostro, fuerint adsignatae. Et nemo audeat eos, qui res accipiunt per quemcunque titulum alienationis, sive mobiles, sive immobiles, seu se moventes, vel jura incorporalia vel panes civiles, judiciis adficere, vel sperare aliquam contra eos esse sibi viam apertam, sed omnis aditus praecludatur, omnis motus et spes hujus petulantiae. Sed adversus domos nostras habeant intra quadriennium tantum secundum imitationem fisci, quas existimant posse sibi competere actiones in rem, vel hypothecariam: ut ex nostra jussione causa moveatur, et competentem mereatur effectum. Quod si quadriennium fuerit emensum: nec adversus domum nostram habeat quis quamcunque actionem" — indem er die Zenonianische Constitution auch auf solche Sachen ausdehnt, welche Jemand vom Imperator oder seiner Gemahlin erworben hatte. Merkwürdig aber sind die Worte unsers §. (S. 636) „sive conveniantur" „sive experiantur." Davon nehmlich, daß ein solcher, welcher von dem Fiscus, dem Imperator oder seiner Gemahlin eine Sache

erworben, auch die rei vindicatio anstellen könne, sagen die beiden obigen Constitutionen nichts; allein da er das volle Eigenthum der Sache erworben hatte, so lag es wohl in der Natur der Sache, daß er auch dann, wenn er den Besitz derselben verloren hatte, die rei vindicatio anstellen konnte, und dieß wollte unser §. durch die Worte: „sive experiantur" sagen. Theophilus in der S. 636 angeführten Stelle übersetzt diese Worte ganz richtig durch „εἴτε ἐνάγεται εἴτε ἐνάγει."

§. 586. S. 191—212.

S. 193 bemerkt der Verfasser ganz richtig, daß der petitor in jedem Falle den Beweis seines Eigenthums-Rechts, oder seines Usucapions-Besitzes bey der actio Publiciana führen müsse, und daß er, wenn er diesen Beweis nicht zu führen vermöge, mit seiner Klage abzuweisen sey, und dieß selbst dann, wenn der Beklagte seinerseits nichts bewiesen habe. Hiefür spricht nun auch der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 28. C. de R. V. (3, 32.)

„Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur." — Offenbar hatte diese Constitution noch die frühere intentio, nehmlich „eam partem formulae, qua actor desiderium suum concludit" im Auge, wovon ich bereits im I. Band S. 461 gehandelt habe. Ganz anders drücken sich daher auch die Basilicen

L. XV. tit. 1. Fr. 107. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 218.)

welche die formulas nicht mehr kannten, aus:

„Κἂν τὸ ἀλλότριόν τις νέμηται, ὅμως ὁ ἐνάγων, εἰ μὴ ἀποδείκνυσιν ἴδιον εἶναι τὸ πρᾶγμα, νικᾷ ὁ ἐναγόμενος."

„Quamvis rem alienam quis possideat, nisi tamen actor rem suam esse probaverit, reus vincit."

Was sodann das Fr. 7. D. de R. V., wovon der Verfasser S. 194 ff. handelt, betrifft, so muß ich hier auf meine Bemerkungen zu demselben S. 514 verweisen. Zu S. 207 u. 208 weiß ich eigentlich nicht recht, warum der Verfasser hier immer von einer actio in rem utilis spricht, denn es ist in der That die rei vindicatio directa, welche ja gerade aus der Fiction, daß er die Sache noch besitze,

fließt. In der Anmerk. 13. S. 208 berührt sodann der Verfasser die Frage: Ob, wenn der bonae fidei possessor die Sache noch vor der Litis-Contestation bona fide zu besitzen aufgehört habe, gegen ihn gar keine Klage mehr, oder wenigstens noch eine actio in factum auf Ersatz des ihm aus Gelegenheit der Sache zugewachsenen Gewinns angestellt werden könne? er verneint sie. Ich bin auch, was die actio in factum betrifft, ganz seiner Ansicht, denn wie solche Statt finden könnte? sehe ich in der That nicht ein. Allein es kommen hier noch weitere von dem Verfasser nicht berührte Fragen zur Sprache: setzen wir den Fall, daß der bonae fidei possessor eine Stute besessen, von selbiger vier sehr schöne Fohlen gezogen, und nachher die Stute selbst noch vor der gegen ihn angestellten rei vindicatio veräußert hat, sollte nun der bonae fidei possessor deßwegen, weil er die Stute veräußert hat, und wegen ihr die rei vindicatio gegen ihn nicht mehr Statt findet, der vier Fohlen wegen, deren jedes einzelne mehr werth ist als die Stute, nicht mehr belangt werden können? Ich behaupte, allerdings steht gegen ihn wegen dieser Fohlen noch die rei vindicatio oder actio Publiciana dem petitor zu. Denn war oder ist wirklich der petitor Eigenthümer der Stute, so war und ist er auch Eigenthümer der von ihr geworfenen Fohlen, und aus keinem andern Grunde hätte ja der bonae fidei possessor, wenn er die Stute noch besessen hätte, zur Ausfolge der Stute mit den Fohlen an den petitor verurtheilt werden können. Warum soll nun, wenn wegen der Stute die rei vindicatio deßwegen, weil er sie nicht mehr besitzt, nicht mehr Platz greifen kann, diese auch wegen der Fohlen nicht mehr Platz greifen können? Ich wenigstens sehe keinen Grund ein, aus welchem diese Frage auch nur mit einigem Schein sollte verneint werden können. Setzen wir den weitern Fall. Es besitzt Jemand ein Grundstück bona fide, und veräußert dasselbe nachher. Nun hat er aber noch einen Vorrath von Früchten von mehreren Jahren. Sollte nun der petitor des Grundstücks, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem er das Grundstück selbst anspricht, nicht auch die Früchte, natürlich nach Abzug der Kosten, ansprechen können? Ein ganz anderer Fall wäre aber der,

wenn ein Lohnkutscher oder Hauderer zwey Wagenpferde, mit welchen er sich ein hübsches Sümmchen erworben, und dieses nach und nach zu Capital angelegt hat, nachher veräußert hat. Hier könnte der petitor offenbar die rei vindicatio nicht mehr anstellen, und eine andere Klage gibt es nicht. So allgemein, wie dieß von dem Verfasser geschehen, können wir daher die Frage keineswegs stellen, sondern richtiger und bestimmter müssen wir folgenden Satz aufstellen. Wenn auch nach der Veräußerung der Hauptsache bey dem bonae fidei possessor natürliche Früchte zurückgeblieben, welche der petitor mittelst der rei vindicatio oder actio Publiciana ansprechen kann, so ist er nicht gehindert, dießfalls Letztere gegen den bonae fidei possessor anzustellen. In Beziehung auf die bürgerlichen Früchte (fructus civiles) aber ist der petitor zu Anstellung einer bloß persönlichen Klage nicht befugt, denn eine solche hätte er bloß im Gefolge der rei vindicatio oder actio Publiciana, welche hier als eine actio mixta anzusehen ist, anstellen können. Zu S. 209, Anmerk. 17. muß ich mich auf die Bemerkungen zum Fr. 68. D. de R. V. (oben S. 580 ff.) berufen, so wie ich überhaupt hier mich auf die Bemerkungen zu den einzelnen von dem Verfasser angeführten Fragmente beziehen muß.

§. 587. S. 212—220.

Der Fall unter c), dessen unser Verfasser S. 216 erwähnt, gehört eigentlich unter die unter b) bereits ausgedrückte Regel. Das

Fr. 6. D. de capt. et post. revers. (49, 15.)

sagt nichts, als daß das Weib ihre Strafe auch nachher noch zu erstehen habe. Hieher aber kann dasselbe nicht bezogen werden. Zu S. 217 a) und der Anmerk. 37. habe ich mich auf die Bemerkung S. 636 ff. zu beziehen.

§. 588. S. 220—248.

Was es mit der usucapionis causa, welcher das S. 220 u. 221 abgedruckte

Fr. 35. D. de V. S. (50, 16.)

und die Anm. 46. des Verfassers S. 221 erwähnt, für eine Bewandniß habe? ergibt sich wohl am klarsten aus Gajus

Fr. 17. §. 1. und Fr. 18. D. de rei vind. (6, 1.)

vgl. oben S. 525—528. Zu S. 227 u. 228 muß ich mir die Bemerkung erlauben, daß hier der Verfasser eine viel richtigere Ansicht von den actionibus arbitrariis entwickelt, als solches im III. Band S. 611 u. 612 von ihm geschehen ist. Zu a) S. 229—245 habe ich mich auf die Bemerkung zum Fr. 40. pr. D. de hered. pet. (oben S. 412 ff.) zu berufen, und hier nur noch zu bemerken, daß der neueste Schriftsteller Buchholz in der oben S. 473

angef. Schrift S. 112.

die Frage: ob auch der zum malae gewordene bonae fidei possessor für den Zufall, wenn solcher den petitor nicht getroffen hätte, hafte? wenigstens zweifelhaft findet, sich dann aber durch die Worte „moram passo“ zu der Ansicht hingezogen fühlt, als ob Ulpian die Ansicht des Paulus getheilt habe. Meine a. o. a. O. vorgetragene Ansicht vermag ich jedoch nicht zu ändern.

§. 591. S. 264—300.

Hier habe ich mich auf meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 66. u. 67. S. 127—142.

zu beziehen. Wenn übrigens Schrader in seiner Institutionen-Ausgabe

S. 745 u. 746. Anmerk. ad vocem „paene“,

behauptet, daß bey der hered. pet. auch die Früchte der Früchte, bey der rei vindicatio nur die Früchte ersetzt werden müssen, so kann ich ihm hier unmöglich beypflichten, auch ist diese Ansicht bereits von Buchholz in der oben S. 473

angef. Schrift S. 25.

gerügt worden, und in der That stehen hier die rei vindicatio und hered. pet. insofern auf gleicher Stufe, als bey beyden fructuum fructus und partuum partus ersetzt werden müssen. Schrader bezieht sich auf Papinian's

Fr. 2. D. de usuris (22, 1.)

„Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur. Cujus opinionis ratio redditur: quoniam, quale est, cum

petitur, tale dari debet. Ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui oportet“ — und Paulus

Fr. 15. D. ej. tit.

„Neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras praestari oportere: neque eorum, qui prius percepti, quasi malae fidei possessori, condicuntur.“ — Allein was die erste beweisen solle, sehe ich nicht ein, die zweite aber sagt bloß: daß von den zu ersetzenden Früchten keine Zinsen bezahlt werden dürfen. Gegen seine Ansicht aber spricht Fr. 17. §. 1. D. de R. V. (oben S. 525) und analog wenigstens auch Papinian's

Fr. 8. D. ej. tit.

„Equis per fideicommissum relictis, post moram fetus quoque praestabitur ut fructus, sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris“ — und desselben das obige Fr. 15. D. de usuris erläuternde

Fr. 18. pr. D. de his quae ut indign. (34, 9.)

„Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi: quod bonae fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum. Post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi: sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. Quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. Sed Divus Severus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis fructus duntaxat deberi, non etiam usuras eorum, benigne decrevit; quo jure utimur.“ — Denn man sieht ja hieraus deutlich, daß auch Papinian auf Zinsen aus Früchten erkannt haben würde, hätte ihn nicht die Entscheidung des Imperators Divus Severus daran gehindert. Was aber der Verfasser S. 296 behauptet, daß der malae fidei possessor nicht nur diejenigen Früchte, welche er selbst, sondern auch diejenigen, welche der Kläger hätte beziehen können, ersetzen müsse, ist wohl nur so zu verstehen, daß er überhaupt den höchsten Betrag der Früchte, ohne Rücksicht, ob er oder der Kläger ihn hätte beziehen können, ersetzen müsse, denn in den gedoppelten Betrag

wollte ihn gewiß auch der Verfasser nicht verurtheilen, allein so lassen sich die Digestenstellen mit dem §. 2. I. de offic. jud. nicht vereinigen. Wie anders? habe ich bereits oben S. 631 gezeigt. Ueberhaupt aber ist der Unterschied, welchen der Verfasser zwischen dem zum malae fidei erst gewordenen ursprünglichen possessor bonae fidei und den übrigen malae fidei possessoribus macht, nach dem gedachten Institutionen-Paragraph unrichtig. Wenn nun unser Verfasser noch die Frage aufwirft: ob dem Eigenthümer der Früchte auch dießfalls eine eigene Klage zustehe, so habe ich dieselbe zwar schon oben (S. 641 u. 642) berührt. Allein hier kommt sie in einer andern Richtung vor. Gesetzt nehmlich, der Richter hätte hierüber gar nicht erkannt, unerachtet der Kläger hierum gebeten, oder nur deßwegen nicht, weil er nicht auch hierum gebeten hatte. Insofern der Kläger auch wegen der Früchte die rei vindicatio anstellen kann, hat es gar keinen Anstand, insofern er aber dießfalls eigentlich nur eine persönliche Klage mit der rei vindicatio verbinden konnte, gebricht ihm eine solche, da er nur mit der rei vindicatio, insofern dieselbe eine actio mixta ist, auch solche persönliche Leistungen fordern konnte. Hat ihm aber der Richter die Früchte aberkannt, so kann er sich natürlich nur auf dem Wege der Berufung, oder eines andern Rechtsmittels helfen. Der Imperatoren Honorius und Theodosius

Const. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7, 51.)

gehört übrigens nicht hieher, wie aus derselben selbst, in welcher ich die verschiedenen Lesarten, welche diese Constitution nach dem

C. Theod. 4, 18. Const. 2.

bietet, aufgenommen habe, hervorgeht, denn diese spricht lediglich von den Proceßkosten. „Terminato transactoque negotio, posthac nulli actio, neque ex rescripto, super sumtuum (*C. Th. re*) petitione praestetur, nisi judex (*cognitor C. Th.*), qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis, juridica pronuntiatione significaverit (*signaverit C. Th.*), victori causae restitui debere expensas, aut super his querelam jure competere. Post absolutum enim dimissumque judicium, nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia.“ — Zu der Aufführung des Verfassers

§§. 593—599. S. 311—377.

von der Publicianischen Klage kann ich mich füglich auf die Einleitung S. 474 ff. und die Bemerkungen zu den einzelnen §§. beziehen.

Tit. 3.

Si ager vectigalis, i. e., emphyteuticarius petatur.

Wenig ist es, was unser Titel, welcher den ehemaligen praediis provincialibus, wovon S. 622 seinen Ursprung zu verdanken hat, bietet. Man sieht nehmlich aus dem Fr. 1. u. 3. des Paulus bloß das, daß demjenigen, welcher von einer civitas, Stadtgemeinde, ein Grundstück gepachtet hatte, eine Art von dinglicher Klage zustehe, und was ein ager vectigalis sey, hat unser Verfasser schon S. 381 gezeigt. Nun ergreift aber der Verfasser

§§. 600—619. S. 370—557.

diese Gelegenheit, um tief in das Römische und spätere Feudalwesen einzugehen, worauf ich mich aber hier nicht einlassen kann.

(Hier endet der VIII. Band von Glück.)

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Reinhardt, Karl Friedrich <<von>>,

Ergänzungen zu Dr. Christ. Fried. v. Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandecten

Bd.: 2,2

Stuttgart (1835)

J.rom.c. 137 a-2,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565464-1